جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

(المتوفى سنة ١٢٦٦هـ)

٢٦

بسم الله الرحمن الرحیم

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفی (صاحب جواهر)

نشرت فی الطباعة:

دار احياء التراث العربی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد۲۶

اشاره

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالکلام[چاپ سنگی]/محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛نویسنده متن:علامه حلی؛کاتب:ابوالقاسم خوانساری؛مصحح:موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]:، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]،ج ۱؛قطع:۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز:بسمله... الحمدلله الذی ختم الشرایع باسمهما طریقه و اوضحها حقیقه و اظهرها برهانا ... و بعد فیقول العبد القاصر العاثر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله الیهما ...

انجام:... الاصحاب الثانی و الله اعلم الحمدلله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا علی ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المکرم من سنه۱۲۷۴ق.و انا الفقیر الی الله الغنی ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت:۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تز ئینات جلد:جلد مقوایی،روکش تیماج قهوه ای،عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی "بسم الله الرحمن الرحیم و قد انتقل ذلک الکتاب مع مجلداته الاخر التی کانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه تومانا المقابل ۱۵۰۰ریالاـ و وقع هذا الانتقال فی یوم الخامس المطابق با یوم الثانی من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن" (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد.نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است،و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی،جعفر بن حسن۶۰۲-۶۷۶ق.-شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام--نقد وتفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی،جعفر بن حسن،۶۰۲-۶۷۶ق.شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام.شرح

خوانساری،ابوالقاسم،قرن ۱۳ق.کاتب

طهرانی،موسی،قرن ۱۳ق.مصحح

حسینی،فروشنده

ج۲۶، ص: ۱

[تتمه القسم الثانی فی العقود]

[کتاب الحجر]

اشاره

کتاب الحجر

[تعريف الحجر]

الحجر مثلثا لغه هو المنع و التضييق و منه سمى الحرام حجرا لما فيه المنع قال الله تعالى (۱)«وَ يَقُولُونَ حِجْراً مَحْجُوراً»، أى حراما محرما و سمى العقل حجرا، لانه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح و ما تضر عاقبته، قال الله تعالى (۲)«هَلْ فِي ذٰلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ».

و المحجور شرعا هو الممنوع عند الشرع من التصرف فى ماله و لو البعض، إذ هو مفرد مضاف لا يدل على العموم، و كذا لفظ التصرف، و لكن يصلح له إن أريد به، فيشمل حينئذ المريض الممنوع من بعض ماله، و الصبى و المجنون، و العبد بناء على ملكه و الحجر عليه كما مال اليه المصنف سابقا.

و حينئذ فلا يرد ما قيل: من أنه أراد جميع المال خرج المريض، و إن أراد بعضه خرج الصبى و المجنون، و إن العبد لا يملك شيئا فلا يدخل فى التعريف، فلا معنى لذكر الرق من

الأسباب، و ان أحدا لا يمنع من التصرف فى ماله بالأكل و الشرب و نحو هما من الأمور الاضطراريه، إذ قد عرفت أنه ليس فى التعريف ما يدل على التعميم و التخصيص، بل من صدق عليه المنع فى ماله على أى وجه كان فهو محجور عليه، و دخول العبد مبنى على ما ذهب اليه المصنف كما عرفت.

نعم فى المسالك «ربما ينتقض فى طرده بالممنوع من التصرف فيه لغصب و نحوه فإنه لا يسمى محجورا عليه شرعا فلو أضاف إليه ما يدل على المنع الشرعى كان حسنا»

۱- ۱ سوره الفرقان الآيه- ۲۳.

۲- ۲ سوره الفجر الآيه- ۵-.

و فيه- بعد سهوله الأمر في نحو هذه التعريفات كما أوضحناه غير مره، و لذا تجوز و عرف الفلس بهذا التعريف مع أنه أخص من الحجر- وضوح إراده المنع الشرعى من الممنوع فيه، و الأمر سهل.

و كيف كان فتمام النظر فى هذا الباب يستدعى فصلين:

[الفصل الأول فى موجبات الحجر]

اشاره

الأول فى موجباته و هى كثيره متفرقه فى تضاعيف الأبواب كالرهن، و البيع، و المكاتبه، و المرتد، و غير ذلك، لكن التى جرت عاده الفقهاء بالبحث عنها و عقد كتاب لها سته: الصغر، و الجنون، و الرق، و المرض، و الفلس، و السفه و لعل مرجع الصور إلى قسمين:

من يحجر عليه لحق نفسه، و من يحجر عليه لحق غيره، فالأول الصبى و المجنون و السفيه، و الثانى الباقى.

ثم الحجر إما عام فى سائر التصرفات، أو خاص ببعضها، و الأول إما أن يكون ذا غايه يزول سببه فيها أو لا و الأول الصغر، و الثانى الجنون، و الخاص إما أن يكون فيه مقصورا على مصلحه المحجور أو لا، و الأول السفه، و الثانى إما أن يكون موقوفا على حكم الحاكم أو لا، و الأول الفلس، و الثانى المرض، و باقى الأسباب تعرف بالمقايسه، و الأمر فى هذا سهل. إنما الكلام فى تفصيل البحث فيها و قد تقدم الكلام فى الرق و الفلس.

[أما الصغير محجور عليه ما لم يحصل له وصفان]

اشاره

أما الصغير فمحجور عليه، ما لم يحصل له وصفان: البلوغ و الرشد بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الكتاب و السنه دالان عليه أيضا، و المراد بالأول الذى هو فى اللغه الإدراك بلوغ الحلم، و الوصول إلى حد النكاح بسبب تكون المنى فى البدن، و تحرك الشهوه و النزوع إلى الجماع، و إنزال الماء الدافق الذى هو مبدأ خلق الإنسان بمقتضى الحكمه الربانيه فيه و فى غيره من الحيوان لبقاء النوع، فهو حينئذ كمال طبيعى للإنسان يبقى به النسل، و يقوى معه العقل، و هو حال انتقال الأطفال إلى حد الكمال و البلوغ مبالغ النساء و الرجال.

و من هنا إذا اتفق الاحتلام فى الوقت المحتمل حصل به البلوغ و لم يتوقف على بيان الشارع، فإن البلوغ من الأمور الطبيعيه المعروفه فى اللغه و العرف، و ليس من الموضوعات الشرعيه التى لا تعلم إلا من جهه الشرع كألفاظ العبادات، بل قد ذكر أهل

اللغه فی ترتیب أحوال الإنسان و أن له بکل حال اسما مخصوصا فی الرجال و النساء من أول الخلقه التی یسمی به جنینا إلی حال الشیخوخه فی الرجال، و القلع و الطلطا فی النساء.

و علی کل حال فلا یخفی علی من لاحظ کلماتهم ان من المعلوم لغه کالعرف کون الغلام متی احتلم بلغ و أدرک، و خرج عن حد الطفولیه و دخل فی حد الرجولیه و کذا الجاریه إذا أدرکت و اعصرت فإنها تکون امرأه، کغیرها من النساء نعم یرجع إلی الشرع فی مبدء السن الذی یحصل به البلوغ مثلا- إذا حصل فیه الاشتباه، بخلاف الاحتلام و الحیض و الحمل و نحوها مما لا ریب فی صدق البلوغ معها لغه و عرفا، و لو للتلازم بینها.

أما الأمور المقارنه له فی العاده غالبا کقوه التمییز و غلظ الصوت و شق الغضروف و نتو الحنجره و نهود الثدی و نحو ذلک، فأقصاها افاده الظن بحصوله، لعدم ثبوت التلازم المورث للقطع، و لا دلیل علی اعتباره فی المصداق، بل الدلیل علی خلافه قائم، و دعوی أنها کإنبات الشعر الخشن علی العانه- یدفعها أن الفارق بینهما الدلیل.

[الوصف الأول البلوغ]

اشاره

و کیف کان فلا- ریب فی أنه یعلم بلوغه أی الصغیر بإنبات الشعر الخشن علی العانه التی هی حول الذکر و القبل سواء کان مسلما أو مشرکا خلافا للشافعی فی أحد قولیه، ففی حق الکفار خاصه لکونه علامه مکتسبه تستعجل بالمعالجه، و إنما اعتبرت فی الکفار لانتفاء التهمه بالاستعجال فی حقهم، و لأنه لا طریق إلی معرفه بلوغهم سوی ذلک بخلاف المسلمین، لجواز الرجوع إلیهم فی معرفه البلوغ و الجمیع کما تری، إذ الاستعجال قائم فی الفریقین، و کذا الحاجه إلی هذه العلامه، فإن الاحتلام و السن کثیرا ما یشتبه الأمر فیهما بخلافها، مضافا إلی ما ستعرفه من إطلاق الأدله، و لذا اتفاق أصحابنا ظاهرا علی خلافه.

نعم ربما نسب ذلک إلی الشیخ و لم نتحققه، بل قال فی الخلاف: «الإنبات دلیل علی بلوغ المسلمین و المشرکین بإجماع الفرقه» و فی التذکره «نبات هذا الشعر دلیل علی البلوغ فی حق المسلمین و الکفار عند علمائنا، و به قال مالک و أحمد و الشافعی فی

أحد قوليه» و قال أبو حنيفه «إنه لا اعتداد بالإنبات مطلقا، لأنه كغيره من الشعر، الرأس و البدن».

و يدل عليه- مضافا إلى ما عرفت مؤيدا بالعاده- الأخبار المرويه من الطرفين ف

من طريق الجمهور ما روى (۱)«أن سعد بن معاذ لما حكم على قريظه كان يكشف عن عورات

المراهقين، و من أنبت منهم قتل، و من لم ينبت جعل فى الذرارى».

و ما

روى عن عطيه القرضى (۲)«قال»: عرضنا على رسول الله (صلى الله عليه و آله) يوم قريظه، و كان من أنبت قتل، و من لم ينبت خلى سبيله، فكنت فيمن لم ينبت فخلى سبيلى».

و من طريق الأصحاب

خبر أبى البخترى (۳)«عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) عرضهم يومئذ على العانات، فمن وجده قتله، و من لم يجده أنبت، ألحقه بالذرارى».

و ما

فى خبر حمزه بن حمران (۴)عن أبى جعفر (عليه السلام) «من أن الغلام لا يجوز أمره فى الشراء و البيع، و لا يخرج عن اليتم حتى يبلغ خمس عشر سنه أو يحتلم أو يشعر أو ينبت»

و ما

فى خبر يزيد الكناسى (۵)«أن الغلام إذا زوجه أبوه و لم يدرك كان الخيار له إذا أدرك و بلغ خمس عشر سنه أو يشعر فى وجهه أو ينبت فى عانته».

و فى المحكى

عن تفسير على بن إبراهيم (۶)فى قوله تعالى «وَ ابْتَلُوا» إلى آخره «قال: و من كان بيده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح و يحتلم- إلى أن قال- و إن كانوا لا يعلمون أنه قد بلغ فإنه يمتحن بريح إبطه أو

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۶ ص ۵۸.

۲- ۲ المستدرک ج- ۱- ص- ۷.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶۵- من أبواب جهاد العدو الحديث- ۲- و الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث- ۸.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمات العبادات الحديث- ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۶- من أبواب عقد النكاح الحديث- ۹.

۶- ۶ المستدرك ج- ۲- ص ۴۹۶.

نبت عانته، فإن كان ذلک فقد بلغ»

بناء على أن الضمير فى قوله- قال- راجع الى الصادق (عليه السلام) المذكور فى الآيه السابقه كما عن الصافى (۱)روايته عنه مسندا إليه و لعله وجده كذلک فيما وصل اليه من النسخ، و إلا كان من كلامه على عاده القدماء، و هو و إن لم يكن حجه لكنه لا يخلو من تأييد، و على كل حال فلا ينبغى التوقف فى أصل الحكم.

نعم قد يشكل عمومه للإناث بظهور النصوص فى الذكور خاصه، بل قد يظهر من بعض الأصحاب اختصاصها بهم و ان لم يعرف نقل الخلاف فى ذلک، لكن قد عرفت العموم فى معقد إجماعى الخلاف و التذكره، بل صرحا به و إن لم يكن

فى العقد المزبور مؤيدا بتتبع أكثر العبارات و بأن الإنبات أماره طبيعيه اعتبرها الشارع لكشفه عن تحقق الإدراک فلا يختلف، و بقضاء العاده بتأخر إنبات هذا الشعر عن تسع سنين بكثير و لعل ذلک هو السبب فى ترک التعرض له فى النصوص، لندره الاحتياج اليه فيهن كالاحتلام.

و انما اعتبر الأصحاب الخشونه مع عدم التقييد به فى النصوص لمعلومه عدم اعتبار الزغب و الشعر الضعيف الذى قد يوجد فى الصغر، و لأن الخشن هو المعهود فى اختبار البلوغ فيحمل عليه الإطلاق لوجوب صرفه إلى المعهود.

و التقييد بالعانه لإخراج سائر الشعور فلا يكون دليلا على البلوغ، و فى المسالک «لا عبره بها عندنا، و ان كان الأغلب تأخرها عن البلوغ، إذ لم يثبت كون ذلک دليلا شرعا خلافا لبعض العامه» قلت: هو قواه فى صوم الروضه فقال: «و فى إلحاق اخضرار الشارب و نبات اللحيه بالعانه قول قوى» و قال الشيخ فى المبسوط فى كتاب الحجر:

«لا خلاف أن نبات اللحيه لا يحكم بمجرده بالبلوغ، و كذلک سائر الشعور، و فى الناس من قال إنه علم على البلوغ و هو الأولى، لأنه لم تجر العاده بخروج اللحيه من غير بلوغ» و فى كتاب الصوم «و حده- أى البلوغ- الاحتلام فى الرجل، و الحيض فى النساء، و الإنبات و الإشعار» إلى آخره.

۱- ۱ تفسير الصافى ج ۱ ص ۳۳۲ طبع إسلاميه ۱۳۹۳.

و فی النهایه «و حد بلوغ الصبی إما بأن یحتلم أو یکمل عقله أو یشعر» و عن ابن البراج فی المهذب «و حد بلوغ الغلام احتلامه أو کمال عقله أو یشعر» و فی التحریر «الأقرب أن إنبات اللحیه دلیل علی البلوغ، أما باقی الشعور فلا» و حکی فی التذکره عن الشافعیه وجهین فی إلحاق اللحیه و الشارب بالعانه، أحدهما الإلحاق ثم قال: «و لا بأس به عندی بناء علی العاده القاضیه بتأخر ذلک عن البلوغ، بل هو لا- یخلو من قوه للعاده، و للخبرین السابقین الذین لا یقصر سندهما عن حجیه اخبار الآحاد، فینقطع الأصل حینئذ بهما.

و أما ما قیل- من أنه لو کان علامه لاستغنی بها عن اختبار شعر العانه، بل لم یجز الکشف عنها- فضعفه ظاهر، ضروره خروج العانه عن العوره أولا- و عدم الاستغناء عنها لتقدم نباتها علی اللحیه و الشارب، بل یقوی إلحاق العذار و العارض و العنفقه و نحوها بهما، لعموم المستند، إلا أن ظاهر باقی الأصحاب الاختصاص بالعانه، بل هو صریح بعضهم، و لذا اقتصروا علیها فی العلامات، و یمکن أن یکون ذلک منهم لتأخر نباتهما عن البلوغ عاده بکثیر، و مدارهم علی ذلک العلامات النافعه عند الاشتباه، لا حال معلومیه البلوغ الحاصله غالبا نباتهما بحیث لا یحتاج إلی استناد العلامات، و خرق العادات لا ینافی الاطمئنان المعتبر فی الأحکام الشرعیه.

نعم لا عبره بسائر الشعور عدا ما عرفت فی ظاهر کلام الأصحاب، للأصل و عمومات الکتاب و السنه من غیر معارض یعتد به، و فی التذکره «و لا اعتبار بشعر الإبط عندنا، و للشافعی فیه وجهان» و من ذلک یعلم شذوذ ما فی بعض الاخبار من عد شعر الإبط من العلامات، و إلا- فنصوص الاشعار خاصه یمکن حملها علی الإنبات خاصه، أو مع غیره مما عرفت من اللحیه و الشارب و نحوها.

و کیف کان فقد استفید من المتن هنا و الصوم و النافع فی المقام کونه بلوغا لا دلیلا علی سبقه کالحمل، بل فی مفتاح الکرامه نسبته إلی صلاه التهذیب، و صوم المبسوط و حدوده، و وصایا النهایه و المهذب، و خمس الوسیله، و صوم السرائر، و وصایاها، و کشف الرموز، و صوم الجامع، و حجره، و جهاد المنتهی، و التذکره، و صوم التحریر

و حجره و حجر الإرشاد و التبصره، و صوم اللمعه و الروضه، و مجمع البيان و جامع الجوامع، و الغنيه و كنز العرفان و الجعفريه، بل فى الغنيه و ظاهر حدود المبسوط و مجمع البيان و نوادر قضاء السرائر و كشف الرموز و كنز العرفان و صوم المسالك الإجماع عليه.

لكن لم أتحقق كثيرا من نسب إليهم ذلك، و انما فى كثير منها ظهور بل اشعار لا يثق به الفقيه، لأنهم ليسوا بصدد بيان ذلك، على أن جمله منها كالمبسوط و التذكره و التحرير و المسالك قد صرحت فى مقام آخر بأنه دليل لا بلوغ، و منه يعلم عدم الوثوق بتلك الإشعارات، و أنها لم تسق لبيان ذلك، بل عنون بعضهم البحث بمثل هذه العبارات التى ادعى ظهورها فى البلوغ، ثم صرح بعد ذلك بأنه دليل لا بلوغ، فعلم عدم إرادتهم من أمثال تلك العبارات ذلك.

و يؤيده أن العلامه الطباطبائى على شده تتبعه فى المسأله حتى أنه حكى عبارات القوم بالفاظها على طولها و نقر فى كل واحده منها قد اعترف بأنه لم يجد بهذا القول مصرحا من الأصحاب، قال: و إنما حكاه العلامه فى التذكره عن الشافعى فى أحد وجهيه، لكنه ظاهر ابن حمزه و ابن إدريس و المحقق بل يؤيد أيضا أنه فى المسالك نسب القول بكونه دليلا إلى المشهور، و لو صحت النسبه المزبوره كان الأمر بالعكس، لانه نسب القول الثانى أى أنه دليل لا بلوغ فى الكتاب المزبور إلى حجر المبسوط، و الخلاف، و حجر التذكره، و كشف الحق، و جامع المقاصد، و المسالك، و ظاهر الإيضاح، و لا ريب فى أن الشهره حينئذ بالعكس، و من الغريب دعواه أن الشيخ فى الخلاف ادعى الإجماع عليه، و من لاحظ عباره الخلاف قطع بأنه ليس فى صدد ذلك، و إنما بحثه مع الشافعى.

و كيف كان فلا ريب أن الأقوى كونه دليلا لا بلوغا قيل: «لتعليق الأحكام فى الكتاب و السنه على الاحتلام و لأن البلوغ غير مكتسب، و الإنبات قد يكتسب بالمعالجه» و فيهما نظر واضح، و الأولى الاستدلال بأنه تدريجى الحصول، و البلوغ لا يكون كذلك، و عدم معلوميه أول آنات تحقق الشعر الخشن، و قضاء العاده بتأخره عنه،

و کـذلک الکلام فیما الحق به من الشعر، و تظهر فائده الخلاف فی قضاء ما یجب قضاؤه من العبادات، و فی نفاذ إقراره و تصرفاته المتقدمه علی الاختبار بزمان یعلم عدم تأخر بلوغه عنه و الله اعلم.

و کـذا یعلم البلوغ ب خروج المنی الـذی یکون منه الولـد من الموضع المعتاد کیف کان بلا خلاف من المسلمین، فضـلا عن المؤمنین، بـل الإجماع بقسمیه علیه، مضافا الی الکتاب و السنه المستفیضه قال الله تعالی (۱)«وَ إِذا بَلَغَ الْأَطْفالُ مِنْکُمُ الْحُلُمَ فَلْیَسْتَأْذِنُوا»(۲)«وَ ابْتَلُوا الْیَتامی حَتَّی إِذا بَلَغُوا النِّکاحَ»(۳)«وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلَّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ حَتَّی یَبْلُغَ أَشُدَّهُ» و

قال الصادق (علیه السلام) فی خبر هشام بن سالم (۴)«انقطاع یتم الیتیم الاحتلام، و هو أشده»

و قال فی موثق ابن سنان (۵)«سأله أبی و أنا حاضر عن قول الله تعالی حَتَّی إِذا بَلَغَ أَشُدَّهُ قال: الاحتلام».

و فی النبوی (۶)الـذی رواه المخـالف و المؤالف بل عن ابن إدریس أنه مجمع علی روایته «رفع القلم عن ثلاثه عن الصبی حتی یحتلم، و عن المجنون حتی یفیق، و عن النائم حتی ینتبه»

و فی المحکی

عن الخصال (۷)انه روی بإسناده عن ابن ظبیان «قال أتی عمر بمجنونه قد زنت فأمر برجمها، فقال علی (علیه السلام): أما علمت أن القلم یرفع عن ثلاثه عن الصبی حتی یحتلم، و عن المجنون حتی یفیق، و عن النائم حتی یستیقظ».

و علی کل حال فهو حدیث مشهور رواه الفریقان و ذکره أصحابنا فی کتب الفروع و الإمامه فی مطاعن الثلاثه و

فی الفقیه عن حماد بن عمر و انس بن محمد عن أبیه جمیعا

۱- ۱ سوره النور الآیه- ۵۹.

۲- ۲ سوره النساء الآیه- ۶.

۳- ۳ سوره الإسراء الآیه- ۳۶.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الحجر الحدیث- ۱.

۵- ۵ الخصال ج ۱ ص ۸ الوسائل الباب- ۴۴ من أبواب الوصایا الحدیث- ۸.

۶- ۶ مستطرفات السرائر سنن البیهقی ج ۶ ص ۵۷.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحدیث- ۱۱.

عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) فى وصيه النبى (صلى الله عليه و آله) لعلى (۱)«يا على لا يتم بعد احتلام»

و فى المصابيح رواه الشيخ فى المبسوط و غيره، و هو أيضا من الأحاديث المشهوره المتلقاه بالقبول و

المرسل فيه (۲)أيضا «على الصبى إذا احتلم الصيام، و على المرأه إذا حاضت الصيام»

و

خبر طلحه بن يزيد(۳)عن الصادق عليه السلام «إن أولاد المسلمين الموسومون عند الله بشافع و

مشفع فإذا بلغوا اثنى عشر كتبت لهم الحسنات، فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات»

، و

خبر(۴)على بن جعفر عن أخيه المروى عن قرب الاسناد «سألته عن اليتيم متى ينقطع يتمه قال: إذا احتلم و عرف الأخذ و الإعطاء»

إلى غير ذلك من النصوص التى لا يقدح تعبيرها بالاحتلام كبعض الأصحاب، للقطع بعدم إراده خصوصيه بل قيل المراد منه هنا خروج المنى مطلقا، سواء كان فى النوم أو اليقظه، و ليس المراد منه معناه اللغوى الذى هو الرؤيه فى المنام، فإنه قد يتحقق بدون خروج المنى كما أن خروج المنى ربما يتحقق بدونه، و العبره حينئذ فى البلوغ بالخروج دون الرؤيه.

و لعله لذا جعل الحمل دليلا على سبقه فى الأنثى، لكونه مسبوقا بالإنزال، و قد سمعت قول الله تعالى (۵)«حَتّٰى إِذٰا بَلَغُوا النِّكٰاحَ» فإنه لو كان الاعتبار بالاحتلام لزم أن لا يتحقق البلوغ فى الرجال ما لم يتحقق الاحتلام، و إن نكحوا و أولدوا و هو واضح البطلان، بل قد يقوى كون العلامه الاستعداد لخروج المنى بالقوه القريبه من الفعل، و ذلك بتحريك الطبيعه و الإحساس بالشهوه سواء انفصل المنى معه عن الموضع المعتاد أو لم ينفصل، لكن بحيث لو أراد ذلك بالوطى أو الاستمناء تيسر له ذلك.

و كونه شرطا فى الغسل لا يقضى بكونه كذلك فى البلوغ ضروره دوران الأمر فى الأول على الحديثه المتوقف صدقها و لو شرعا على الخروج، بخلاف الثانى الذى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ۱۰.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ۶.

۵- ۵ سوره النساء الآيه- ۶-.

هو أمر طبیعی لا- یختلف بظهور الانفصال و عدمه، خصوصا مع تهیؤ النطفه للانعقاد، بل تکون الولد فی الأنثی لا یکاد یتحقق معه الخروج إلی خارج، بل عن المفسرین أن المراد بقوله تعالی (۱)«بَلَغُوا النِّکاحَ» شهوه النکاح و الوطء و القدره علی الإنزال، بل قد عرفت سابقا أن البلوغ من موضوعات الأحکام الشرعیه التی مرجعها العرف و العاده، و مثل هذا لا شک فی کونه بالغا فیهما، و إنما یتعین الرجوع إلی الشرع فی تحدید الموضوعات مع الشک، دون الیقین الذی قد عرفت حصوله فی المقام، و قد أومأنا سابقا إلی أن البلوغ حال فی الإنسان بل مطلق الحیوان یخرج بها من حد الطفولیه إلی غیرها، و انها ینبعث عنها خروج المنی و نحوه، و إن لم یجعل خروج المنی علامه علی سبقه، لاحتمال مقارنه خروجه لتلک الحاله، فالمدار علیها لا علیه، فمتی علم حصولها تحقق البلوغ و ان لم یحصل الخروج الحسی.

لکن فی عبارات الأصحاب اشتباه علی غیر المحصل، إذ المصنف و الفاضل و غیر هما قیدوا خروج المنی بکونه من الموضع المعتاد،

و قال ثانی الشهیدین: «انما اعتبر ذلک مع إطلاق الأدله لوجوب حمل کلام الشارع علی ما هو المعهود المتعارف، خصوصا و فی بعضها بلوغ النکاح، و إنما یکون من المعتاد، فلو خرج من جرح و نحوه لم یعتد به، و الجمیع موهم اعتبار ذلک فیه کالغسل» لکن قد عرفت التحقیق فلاحظ و تأمل کما أنه قد یتوهم من المتن و نحوه اعتبار تکون الولد منه، فلا عبره بالذی لا یتکون منه.

بل فی المسالک نسبه هذا الفهم من العباره إلی جماعه قال: «و فی حاشیه الشهید علی القواعد نقلا عن بعض العلماء یعلم المنی الذی منه الولد مما لیس منه بأن یوضع فی الماء فإن طفی فلیس، و إن رسب فمنه الولد،» و لا یخفی علیک فساد هذا التوهم ضروره کون المعتبره مطلق خروج المنی، للإطلاق فتکون الصفه فی عباره المتن و غیره کاشفه باعتبار إراده المنشأیه، فلا یقدح تخلف التکون من بعض الافراد، بل لعل المراد التخلف من صنفه فلا یقدح عدمه فی بعض الأشخاص کما هو واضح لا یحتاج

۱- ۱ سوره النساء الآیه- ۶-.

الی إطناب.

نعم یشترط فی خروج المنی کونه فی الوقت المحتمل للبلوغ، فلا عبره بما ینفصل بصفته قبل ذلک، کما صرح به بعض الأساطین، بل فی التذکره «البلوغ منوط بخروج المنی مع إمکانه باستکمال تسع سنین مطلقا عند الشافعی، و عندنا فی المرأه خاصه، و أما فی جانب الذکر فما وقفت له علی حد لأصحابنا- إلی أن قال- لأن فی النساء حده فی الطبیعه و تسارعا إلی الإدراک» و فی المسالک «و حد الإمکان عندنا فی جانب القله فی الأنثی تسع سنین، و أما فی الذکر فما وقفت له علی حد یعتد به- الی أن قال- و لا یبعد أن یکون ما بعد العاشره محتملا» و مقتضی کلامه الامتناع فیما دون العشر، و هو کذلک تمسکا بمقتضی العاده، و أما ما تجاوز العشر فالظاهر فیه الإمکان، فیحکم بالبلوغ مع تحقق الاحتلام فیه، عملا بعموم الأدله فیما لم یثبت امتناعه، بل فیما دل علی تحدید السن فی الذکور بعشر سنین تنبیه علیه، و کذا ما دل علی التفریق بینهم فی المضاجع بعشر.

نحو

خبر القداح (۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «یفرق بین الغلمان و النساء فی المضاجع إذا بلغوا عشر سنین»

و خبره (۲)عن جعفر عن أبیه عن آبائه (علیهم السلام) قال: قال رسول الله (صلی الله علیه و آله) «الصبی و الصبیه یفرق بینهم فی المضاجع بعشر سنین»

و یؤید ذلک ما عن الآبی فی شرح النافع «کل روایه دلت علی البلوغ فیما بین الخمسه عشر و العشر محموله علی ما إذا کان الغلام قد احتلم أو أنبت شعر العانه، توفیقا بین الروایات، و لأن الاحتلام فی تلک السنین قد یقع کثیرا، و لقد شاهدنا من احتلم فی ثلاث عشر سنته و اثنتی عشر سنته».

و قال بعض الأفاضل «ینبغی القطع بالإمکان فی الثلاثه عشر فما فوقها لقضاء العاده بالاحتلام فی ذلک غالبا و لما رواه

المشایخ عن عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال:

«إِذا بَلَغَ أَشُدَّهُ ثلاث عشره سنه و دخل فی الأربع عشره وجب علیه ما وجب علی المحتلمین، احتلم أو لم یحتلم»(۳)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب عقد البیع و شروطه الحدیث- ۳.

و

عن عیسی بن زید(۱)عنه أیضا «قال: قال أمیر المؤمنین (علیه السلام): یثغر الصبی لسبع سنین، و یؤمر بالصلاه لتسع، و یفرق بینهم فی المضاجع لعشر، و یحتلم لأربع عشره»

قلت علی کل حال: لم یظهر له فائده فی الأنثی بناء علی عدم الحکم به الا بعد التسع و مع فرض العلم بها لم یحتج الیه نعم قد یقال: إن الفائده تظهر فی مجهوله السن، فإنه إذا خرج المنی منها حکم ببلوغها، و إن لم یعلم قدر سنها، و کذا فی الغلام، و نظیر ذلک قدمناه فی باب الحیض، فلاحظ لکن علیه یکون خروج المنی من الأنثی دلیلا علی البلوغ کالحیض، لا بلوغا فی نفسه، و هو خلاف کلمات الأصحاب فتأمل.

ثم لا یخفی علیک عدم العبره بأوصاف المنی بعد العلم به، أما إذا اشتبه فالوجه الرجوع إلیها، لإناطه الحکم بالجنابه و وجوب الغسل بها مع انتفاء العلم، و السبب فیها منحصر فی الوطء و إنزال المنی اتفاقا، فإذا انتفی الأول تعین الثانی، و یحتمل العدم لان اعتبارها فیهما لا یستلزم اعتبارها فی البلوغ، لجواز تقدم الأسباب علیه، و لا یثبت بها، لکنه مبنی علی إمکان خروج المنی قبل البلوغ، و فیه بحث بل منع، لأن الظاهر عدم تکونه إلا حال وصول الطفل إلی حد البلوغ، کما یومئ إلیه إطلاق ما دل علی أن خروجه علامه البلوغ من النصوص السابقه و غیرها، و من ذلک یعرف ما فی الکلام السابق- من اعتبار الإمکان فی خروج المنی احترازا من خروجه فی غیر زمن الإمکان، کما إذا کان السن خمسا أو أربعا- من النظر و التأمل اللهم إلا أن یراد الحکم بکونه غیر منی، و ان جمع صفاته نحو الدم الخارج من الجاریه قبل التسع، فإنه لیس بحیض و إن جمع وصفه، لا أن المراد عدم العبره به و إن کان منیا ظاهرا و واقعا، حتی یستلزم إمکان خروجه من غیر البالغ فتأمل و الله اعلم.

و کیف کان فلا خلاف بیننا فی أنه یشترک فی هذین العلامتین الذکور و الإناث و قد عرفت الحال فی الأولی، و أما الثانیه فقد نص علی التسویه المزبوره غیر واحد بل فی التذکره «الاحتلام خروج المنی، و هو الماء الدافق الذی یخلق منه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث- ۵- لکن عن أبی عبد الله علیه السلام بلا نسبه الی أمیر المؤمنین ع.

الولـد، بلوغ فی الرجل و المرأه عنـد علمائنا أجمع، و لا نعلم فیه خلافا فی الذکور، و هو فی النساء کذلک، و للشافعی قول- بأن خروج المنی من النسـاء لاـ یوجب بلوغهن لأـنه نـادر فیهن- ساقـط العـبره قـال: و إطبـاق أکـثر العلمـاء علی خلاـف هـذا» و فی المسالـک فی شـرح المتن «هـذا عنـدنا و عنـد الأـکثر موضع وفـاق،» و إنمـا نبه به علی خلاـف الشـافعی- إلی أن قال- و فساده واضح».

قلت: قد یلوح- من الفقیه، و وصایا النهایه، و صوم المبسوط، و باب الأوصـیاء من المهذب، و نکاح الوسـیله، و خمسها، و نوادر القضـاء من السـرائر، موافقه الشـافعی، أو یظهر، خصوصـا فی بعضـها لکن ما ذکره من النـدره فیهن و انه لا یحصل إلا بعـد العلم ببلوغ التسع جعـل للاقتصـار علیه فی الرجال وجها وجیها، بل و لبعض النصوص المقتصـر فیه علی کونه علامه للرجال، بل الفقیه المـاهر یقطع بکون النص و الفتوی مبنیین علی ذلـک، خصوصـا بعـد معروفیه ذکر الحمـل فی کلاـمهم علاـمه علی سـبق البلوغ بالإنزال، و خصوصا بعد تصریح الشیخ و ابنی حمزه و إدریس فی مقام آخر بالاشتراک.

فإجماع التذکره مما یشهد التتبع مع التأمل بصحته، فهو الحجه مضافا إلی عموم (۱)«وَ ابْتَلُوا» إلی آخره، و

«لا یتم بعد احتلام»(۲)

و أصاله الاشتراک فی الاحکام ما لم یثبت خلافه، و ما عرفت من أن البلوغ حال طبیعی

ینبعث عنها ذلک من غیر فرق بین الرجال و النساء، کما هو المشاهد فی العرف، و إلی ما عن الشـیخ و الفاضل من أنهما اسـتدلا علیه بما

روی(۳)، من أن أم سلمه «سألته عن المرأه تری فی منامها ما یری الرجل، فقال: إذا رأت ذلک فلتغتسل،»

و لکنه مبنی علی اسـتفاده الفوریه المقتضـیه لثبوت التکلیف المشـروط بالبلوغ، و الا فسببیه الاحتلام للغسل بناء علی حصوله من الصغیر لا ینافی عدم البلوغ حال وجود السبب، کما فی الحدث الأصغر و الأمر سهل

۱- ۱ سوره النساء الآیه- ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحدیث- ۹.

۳- ۳ سنن البیهقی ج- ۱- ص- ۱۲۷.

بعد قطعیه الحکم، و الله أعلم.

و کذا یعلم البلوغ شرعا ان لم یکن عرفا بالسن: و هو بلوغ خمس عشره سنه للذکر علی المشهور بین الأصحاب فی المقام شهره عظیمه کادت تکون إجماعا، کما اعترف بذلک فی المسالک، بل نقلها مستفیض أو متواتر کالإجماع صریحا و ظاهرا علی ما فی مفتاح الکرامه حیث قال: «کادت تبلغ إجماعات المسأله: اثنی عشر إجماعا من صریح و ظاهر و مشعر به، بل هو معلوم».

و ربما یشهد له التتبع، بل ربما یزید علی ذلک مع إطلاق الإشعار لأنه کما حکاه العلامه الطباطبائی عن صریح الغنیه، و الظاهر کالنص عن الخلاف و التذکره، و ظاهر مجمع البیان، و کنز العرفان، و کنز الفوائد، و المسالک، و

المسالک الجوادیه، و تلویح المنتهی، و کشف الرموز، و تلخیص الخلاف، و نقد الشرائع، و قضیه انحصار المخالف فی ابن الجنید علی ما یظهر من المختلف و المهذب البارع و شرح الشرائع و غوالی اللئالی، و هو مع أنه معلوم النسب لا یقدح فی الإجماع، خصوصا مع ضعف مأخذه و شده وهنه و شذوذه، علی أنه لو تطرق المنع إلی الإجماع من خلافه و خلاف بعض متأخری المتأخرین فلا ارتیاب فی تحققه فیما بینهما حیث ارتفع الخلاف من زمن ابن زهره إلی زمن ثانی الشهیدین، کما تشهد به تصانیفهم المضبوطه، بل قطع بعضهم بالحکم و لم یعتد بخلافه فحکی الإجماع بل نفی الخلاف.

فلا ینبغی للفقیه التردد بعد ذلک فی فساد قوله، بل و ما حدث فی هذه الأزمنه المتأخره خصوصا بعد ملاحظه غیر ذلک من الأدله من الاستصحاب، فإن الأصل عدم البلوغ و التکلیف، و بقاء الحجر و الولایه ما لم یعلم الناقل عنه، و لا یعلم إلا بإکمال الخمسه عشر فیکون بلوغا دون ما قبله، و لا وجه للمناقشه فی الاستصحاب هنا، بعد کون المطلوب منه إثبات الحکم، إذ المشتبه حکم السن المعلوم، لا أصل السن المعلوم الحکم، ضروره اقتضاء الاستصحاب فیه نفی الأکثر، فالموضوع و الحکم هنا متعاکسان فی الاستصحاب، فلو علم سن البلوغ و لم یعلم بلوغ ذلک السن فمقتضی الاستصحاب نفی الأکثر، بخلاف ما لو بلغ سنا، و لم یعلم أنه بلوغ فإن الأصل عدم البلوغ، کما

عرفت، و مقتضاه نفی الأقل.

اللهم إلاـ أن يقال كما أومأنا إليه سابقا أن البلوغ شرعا هو بلوغ الحلم، فيكون حاله طبيعيه مخصوصه فی الإنسان، بل مطلق الحيوان و جميع ما ذكر علامه له، فهو كاشف عن الوصول إليها حتی السن، فيكون المشتبه حينئذ الموضوع، و المنفی بالاستصحاب الأقل، إذ الأصل عدم بلوغ الحد الكاشف: لكنه خلاف ما عليه الأصحاب من أن السن بلوغ فی الشرع، و إن كانت العله فيه كشفه عن غيره، و متی كان كذلك فالمشتبه الحكم دون الموضوع، و موضوعيه البلوغ لبعض الاحكام لا ينافی كونه حكما، لأن الحكم قد يكون موضوعا لحكم آخر، و لا استحاله فی ذلک، مع اختلاف الجهه، و مثله كثير.

فالاستصحاب بجميع وجوهه المذكوره حينئذ حجه فی المسأله، و إن كان ألصقها بالمدعی، و أغناها عن الضمائم استصحاب عدم البلوغ، فإنه نفی صريح، و المطلوب منه عين المستصحب دون لازمه، و التمسک به لا يتوقف علی ضميمه عدم القول بالفصل و نحوه، علی أنه من الأمور القاره الثابته كغيره، و إضافته إلی ما يرجع إلی الزمان لا يخرجه عن القرار، فمعنی أصل عدم البلوغ أن الأصل عدم حضور زمان البلوغ، لإبقاء زمان عدم البلوغ، و استصحاب غير القار إنما يلزم لو أريد الثانی، دون الأول.

و قد يتمسک بأصل البراءه من التكليف علی المطلوب، لا لكونه حادثا منفيا بأصل العدم لرجوعه إلی الاستصحاب، و لا للأصل الشرعی المستفاد من نحو

قولهم (۱)«كل شی ء مطلق حتی يرد فيه نهی»(۲)

و «الناس فی سعه ما لم يعلموا»

و غيرهما، فإن المفهوم من ذلک سقوط التكليف كما يظهر بالتدبر، بل لأن التكليف فرع البيان و هو مفقود فی محل النزاع، و دعوی- وجود البيان و هو الخطاب العام الصالح لكل مميز- يدفعها أنه مشروط بالبلوغ، و لم يثبت قبل إكمال الخمسه عشر اللهم إلا أن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب صفات القاضی الحديث- ۶۰.

۲- ۲ لم نقف علی هذا النص بعد الفحص عنه فی مظانه و الذی وقفنا عليه مما يوافقه فی المعنی و ان يحتمل اختصاصه بمورده و هی روايه السفره المرويه فی الوسائل فی الباب ۲۳ من أبواب اللقطه الحديث ۱.

یمنع الشرطیه علی وجه ینافی الاستدلال بالعمومات فی المجهول، و فیه بحث ذکرناه فی غیر المقام.

و الأمر سهل بعد الغنیه عن ذلک بما سمعته أولا، و مضافا إلی ظاهر الکتاب کقوله تعالی (۱)«وَ ابْتَلُوا الْیَتامی حَتَّی إِذا بَلَغُوا النِّکاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوالَهُمْ» ضروره دلالته بمفهومه علی انتفاء الحکم بالدفع المشروط بإیناس الرشد بانتفاء بلوغ النکاح، فهو متناول لاسنان التمییز و حدود الابتلاء التی هی فی الغالب من العشر إلی الخمسه عشر، و أحقها بالدخول سن الاحتلام، و توقع بلوغ النکاح و هی من الثانیه عشر إلی السادسه عشر، إلا أن الإجماع علی خروجها، فیتعین کون الخمسه عشر هی البلوغ بحسب السن.

و ربما نوقش: بأن «إذا» قد تخرج عن الظرفیه فلا تکون شرطا، و منه المقام فإن المراد و ابتلوا الیتامی إلی وقت بلوغ النکاح، و حینئذ فلا دلاله فیها علی الاشتراط المزبور، و یدفعه: بعد تسلیم خروجها عن الظرفیه أنه نادر جدا لا یحمل علیه التنزیل بل یقتضی انقطاع الابتلاء بالبلوغ، و لیس کذلک کما ستعرف، لاستمراره إلی ظهور الرشد أو الیأس منه، بل ذلک مع ظهور کون المراد إیناس الرشد المسبب عن الابتلاء المأمور به السابق علی البلوغ.

و مقتضی ذلک الحجر علی البالغ الرشید إذا لم یونس منه رشد قبل البلوغ، و ارتفاعه عمن لم یبلغ إذا أونس منه الرشد، لانتفاء الشرط فی الأول و وجوده فی الثانی، إذ المراد بالأمر بالابتلاء إلی بلوغ النکاح حصوله قبله، لا استمراره إلیه، لأن الابتلاء متی وجد و تبین به الحال لم یتکرر، فالمره تکفی فی هذا الأمر، و لو بنی الکلام فی الشرط علی خلاف الظاهر، فإما أن یراد به إیناس الرشد مطلقا، أو إیناسه بعد البلوغ، و یلزم علی الأول جواز دفع المال إلی غیر البالغ إذا ابتلی و أونس منه الرشد، و إهماله بدونه إلی أن یظهر الرشد بنفسه و إن طال الزمان و سهل الاختبار و أما الثانی فمع حصول المطلوب یلزمه جواز الإهمال، کما فی الأول.

۱- ۱ سوره النساء الآیه- ۶.

فبان من ذلک کله أن «إذا» فی الآیه ظرف علی الأصل فیه، و أن الکلام لا ینظم إلا به، و المعنی لا یستقیم بدونه فسقط احتمال خروجها عن الظرفیه.

نعم علی الظرفیه یحتمل الخروج عن الشرطیه بتقدیر العامل، وَ ابْتَلُوا الْیَتامی حَتَّی إِذا بَلَغُوا النِّکاحَ نظرتم، أو ابتلوهم حتی تنظروا فی وقت بلوغهم النکاح، فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوالَهُمْ .

و هذا و إن صح، و صح الاستدلال به، غیر أنه یستدعی تقدیرا فی الکلام، و خروجا عن الظاهر فی «إذا» من تضمنها معنی الشرط فی الغالب.

و من هنا قال الفاضل الطباطبائی: «الأصوب أن تکون إذا للشرط کما هو الأصل فیها، و جوابها مجموع الشرط و الجزاء، و هو قوله «فَإِنْ آنَسْتُمْ» و حتی حرف ابتداء و غایتها مضمون الجمله التی بعدها، و هو دفع المال عقیب إیناس الرشد الواقع عقیب بلوغ النکاح، و إنما کان کذلک، لأن دفع المال فی الآیه مشروط بایناس الرشد، فیکون مؤخرا عنه، و هذا الدفع المشروط بالایناس مشروط بالبلوغ فیکون المشروط بشرطه المتقدم علیه متأخرا عن البلوغ الذی هو شرط فیه، و ترتب الشروط بحسب الوقوع، ترتیبها فی الذکر، فإنها فی الآیه قد وقعت علی التوالی، و لو تعاکست کان الشرط المتقدم فی الذکر مؤخرا فی الوجود، و المؤخر فی الذکر مقدما فی الوجود، فلو أردت نقل المضمون إلیه قلت: «ادفعوا إلیهم أموالهم أن رشدوا إن بلغوا» و لا یصح إن بلغوا إن رشدوا، لأنه یقتضی أن یکون الرشد شرطا فی البلوغ و الأمر بالعکس، و من ثم لو قال قائل لله علی نذر إن شربت إن أکلت، فأکل ثم شرب التزم، بخلاف ما لو شرب ثم أکل، و لو عکس انعکس».

قلت: هو جید لکن قد یقال: المنساق من الآیه أنهما معا شرطان مستقلان فی الدفع، لا أن أحدهما شرط فی الأخر کالمثال الذی ضربه فتأمل جیدا.

و علی کل حال فالمناقشه المزبوره واضحه الدفع، کالمناقشه فی أصل حجیه مفهوم الشرط، و فی عمومه، و فی خصوص «إذا» من أدواته بل و غیرها مما هو لیس بعریق فی الشرطیه، بخلاف «إن» و بأنه لو سلم ذلک کله، فإنما یقتضی المفهوم عدم وجوب

الدفع، لا حرمته، ضروره اندفاع الأولی، بل و الثانیه بما حررناه فی الأصول، و العرف أعدل شاهد به.

و الثالثه: بأنه لا فرق بین إن، و غیرها من أدوات الشرط، لابتناء العموم، علی أن الاختصاص بمورد الشرط یقتضی الانتفاء فی غیره فیعم، و لیس الحکم فی المنطوق بعموم الإثبات، لیکون المفهوم سلب العموم، بل بنفس الإثبات فی محل النطق، و مفهومه السلب عما عداه، و یلزمه عموم السلب، و هذا المعنی لا یتفاوت فی الأدوات کأصل المفهوم، و کلمات الأصحاب فی الأصول و الفروع شاهده بذلک، و أنه لا فرق بینها جمیعها فی ذلک کله.

و اما الرابعه: فواضحه بناء علی أن المفهوم فی الشرط النهی کما یقتضیه کلام بعضهم، و مال إلیه العلامه الطباطبائی، و ربما یشهد له العرف بل و إن لم نقل بذلک و کان المراد من الأمر هنا رفع الحجر المفهوم من قوله (۱)«وَ لا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَکُمُ» إلی آخره بل و إن لم یکن المراد منه ذلک، لکن المقام منحصر بین الوجوب و الحرمه إذ الخطاب للأولیاء، و الدفع إما أن یجب علیهم أو یحرم، و لا ثالث لهما، فتکون الحرمه حینئذ من لوازم عدم الوجوب هنا و الله أعلم.

و کذا المناقشه: بأن الاستدلال فی الآیه انما یتم لو أرید ببلوغ النکاح حصول الإنزال، أو صلاحیه خصوص الشخص لأن ینزل بالوطی و نحوه، و هو غیر متعین، لاحتمال کون المراد بلوغ وقت الصلاحیه للنکاح صلاحیه نوعیه و إن تخلفت عن خصوص الشخص، و هذا المعنی حاصل فیمن کان سنه أربعه عشر و ثلاثه عشر فلا دلاله فی الآیه علی نفی البلوغ بهما.

إذ یدفعها أولا: أن بلوغ النکاح عرفا هو أن یبلغ الصبی و یدرک، و هو غیر بلوغ زمان النکاح، لصحه سلب الأول عمن ثبت له الثانی، و أقل ما یصدق معه ذلک صلاحیه الشخص لأن ینکح، و أما مجرد القابلیه النوعیه فلا یتحقق معه الصدق عرفا.

و ثانیا: أنه لو أرید الزمان فالظاهر إراده الوقت الذی یغلب فیه ذلک و یکثر

۱- ۱ سوره النساء الآیه- ۵.

و الغلبه منتفيه فيما دون الخمسه عشر، فلا يتحقق به بلوغ النكاح، و إراده التحقق فى

الجمله و لو على سبيل النـدره يقتضـى صدق بلوغ النكاح بالاثنى عشـر، بل بما دونه أيضا، بناء على أن ما فوق العشـره من زمان إمكـان الاحتلاـم كما سـتعرف، و دعوى إراده ما تجاوز حـد الوقوع و لم يبلغ الغلبه لا دليل عليها، بل هى تحكم محض كما هو واضح.

و قـد ظهر من ذلـك كله أنه لاـ إشـكال فى دلاـله الآيه على المطلوب، بل منه ظهر دلاله قوله تعالى (۱)أيضـا «وَ إِذا بَلَغَ الْأَطْفالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَـأْذِنُوا كَمَـا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ» بـالتقريب السـابق، فـإن بلوغ الحلم كبلوغ النكـاح يعتبر فى صـدقه القـابليه بحسب الشـخص، بل فعليه الإنزال إما مطلقا أو مع التقييـد بالمنام كالاحتلام، أما القابليه النوعيه ببلوغ السن الـذى يتفق فيه ذلك فلا يصدق معها بلوغ الحلم إلا بتأويل أو تقدير، لتبادر الغير و صحه السلب، و نص أهل اللغه.

فعن القاموس «الحلم بالضم و الاحتلام: الجماع فى النوم» و المصـباح «حلم الصبى و احتلم: أدرك و بلغ مبالغ الرجال: فهو حالم و محتلم» بل عنه أيضا «أدرك الغلام: بلغ الحلم، و بلغ الصبى احتلم و أدرك» و الغريبين

«أنه أمر معاذا أن يأخذ من كل حالم دينارا

، قال، أبو الهيثم أراد بالحالم كل من بلغ الحلم، حلم أو لم يحلم، و منه

الحديث «الغسل يوم الجمعه واجب على كل حالم»

و المغرب «حلم الغلاـم احتلم حلمـا من بـاب طلب، و الحـالم المحتلم فى الأصـل، ثم عم فقيل لمن بلغ مبالغ الرجال حالم، و هو المراد فى الحديث».

و النهايه(۲)«أراد بالحالم فى الحديث: من بلغ الحلم، و جرى عليه حكم الرجال، سواء احتلم أو لم يحتلم، و منه الحديث الغسـل إلى آخره، و فى روايه- على محتلم- أى بالغ مدرك» و الظاهر إرادته من قوله و جرى عليه حكم الرجال:

معنى بلغ مبلغ الرجال الذى عبر به غيره، بل لو كان المراد كل من جرى عليه الحكم

۱- ۱ سوره النور الآيه- ۵۹.

۲- ۲ النهايه ج- ۱- ص ۲۸۹ طبع مصر.

شرعا فالمقصود بيان المعنى المراد، دون حقيقه اللفظ، فإن الحقيقه اللغويه لا تثبت بالحكم الشرعى.

أما ما عن الفائق فى معنى الحديث قيل: المراد كل من بلغ وقت الحلم، حلم أو لم يحلم، فالظاهر أنه أراد بالقول ما تقدم، و هو ما حكاه الهروى عن أبى الهيثم، و المراد به وقت الإدراك و البلوغ بالاحتلام و شبهه دون السن، فلا ينافى ما قلنا.

و أما وجوب الاستئذان فإنه و إن قل من تعرض له فى كتب الفروع، و من ثم لم يشتهر الحكم به بين الناس حتى صار كالشريعه المنسوخه، لكن عن التبيان، و مجمع البيان، و روض

الجنان، و كنز العرفان، و آيات الأحكام، و المسالك الجواديه و قلائد الدرر، النص عليه.

و يدل عليه مضافا إلى أمر الكتاب- الذى هو أحق الأوامر بالإيجاب، و إطلاق النهى فى قوله تعالى (۱)«لا تَدْخُلُوا بُيُوتاً غَيْرَ بُيُوتِكُمْ» الى آخره، و ما فى التهجم على المساكن المختصه من الأذيه و الخروج عن الآداب العقليه و الشرعيه-

صحيح ابن قيس (۲)عن أبى جعفر (عليه السلام) «لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمانُكُمْ وَ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلاثَ مَرَّاتٍ» الى آخره و من بلغ الحلم منكم فلا يلج على أمه و لا على أخته و ابنته، و لا على من سوى ذلك إلا بإذن»

و نحوه خبر جراح المداينى (۳)عن الصادق (عليه السلام).

و

صحيح أبى أيوب (۴)عنه أيضا «و يستأذن الرجل إذا دخل على أبيه، و لا يستأذن على الابن قال: و يستأذن الرجل على ابنته و أخته إذا كانتا متزوجتين»

و خبر الحلبى(۵)

۱- ۱ سوره النور الآيه- ۲۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲۱- من أبواب مقدمات النكاح الحديث- ۱.

۳- ۳ الوسائل ذكر صدره فى الباب- ۱۱۹- و ذيله فى الباب ۱۲۰ من أبواب مقدمات النكاح الحديث- ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲۰- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۱۹- من أبواب مقدمات النكاح.

«قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): الرجل یستأذن علی أبیه؟ فقال: نعم قد کنت أستاذن علی أبی و لیست أمی عنده، و إنما هی امرأه أبی، توفت أمی و أنا غلام، و قد یکون من خلوتهما ما لا أحب أن أفجأهما علیه، و لا یحبان ذلک منی، و السلم أحسن و أصوب»

بناء علی ما هو الظاهر من کون السؤال عن الوجوب لا الجواز، فإنه لا یسأل عنه، و التعلیل لا ینافیه، بل یؤکده.

و

خبر جابر(۱)«عن أبی جعفر عن جابر بن عبد الله الأنصاری قال: خرج رسول الله (صلی الله علیه و آله) یرید فاطمه علیها السلام و أنه معه، فلما انتهینا إلی الباب وضع یده علیه فرفعه، ثم قال: السلام علیکم، فقالت فاطمه: علیک السلام یا رسول الله قال: أدخل قالت: ادخل یا رسول الله قال: أدخل أنا و من معی، قالت: یا رسول الله لیس علی قناع، قال: یا فاطمه خذی ملحفتک فقنعی بها رأسک ففعلت، ثم قال: السلام علیکم فقالت فاطمه علیها السلام: علیک السلام یا رسول الله قال جابر: فدخل رسول الله (صلی الله علیه و آله) و دخلت فإذا وجه فاطمه أصفر کأنه بطن جراده، فقال رسول الله (صلی الله علیه و آله): ما لی أری وجهک أصفر قالت یا رسول الله: الجوع فقال رسول الله: اللهم مشبع الجوعه دافع الصفره أشبع فاطمه بنت محمد قال جابر: فو الله نظرت إلی الدم ینحدر من قصاصها حتی عاد وجهها أحمر فما جاعت بعد ذلک».

و عن مجمع البیان (۲)«روی أن رجلا قال للنبی (صلی الله علیه و آله) أستأذن علی أمی فقال:

نعم، قال إنها لیس لها خادم غیری أ فأستأذن علیها کلما دخلت، قال: تحب أن تراها عریانه، قال الرجل لا، قال فاستأذن علیها»

و عن الکشاف «و کان أهل الجاهلیه یقول الرجل منهم إذا دخل بیتا غیر بیته حییتم صباحا، و حییتم مساء، ثم یدخل فربما أصاب الرجل مع امرأته فی لحاف واحد، فصد الله عن ذلک، و علم الأحسن و الأجمل، و کم من باب من أبواب الدین هو عند الناس کالشریعه المنسوخه، قد ترکوا العمل به، و باب الاستیذان من ذلک بینما أنت فی بیتک إذ رفع علیک الباب واحد

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۲۰ من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۳.

۲- ۲ المستدرک ج- ۲- ص ۵۵۷ باختلاف یسیر.

من غير استيذان و لا تحيه من تحايا إسلام و لا جاهليه، و هو ممن سمع ما أنزل الله فيه و ما قال رسول الله (صلى الله عليه و آله)، «و لكن أين الأذن الواعيه».

و عنه أيضا فى تفسير قوله «وَ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ» ما حاصله أن حكم الأطفال ذلك، فإن خرجوا عن حد الطفوليه بالاحتلام أو بلوغ السن وجب أن يفطموا عن تلك العاده، و يحملوا على أن يستأذنوا فى جميع الأوقات كالرجال الكبار الذين لم يعتاد الدخول عليكم إلا بإذن، و هذا مما الناس فى غفله عنه، و هو عندهم كالشريعه المنسوخه، إلى

آخره إلى غير ذلك من النصوص المرويه عند الفريقين، هذا كله حكم من بلغ الحلم.

أما من لم يبلغه فلا يجب عليهم الاستيذان مطلقا، أما فى غير العورات الثلاث فظاهر، للأصل و نص الكتاب و السنه، و أما فيها فلأن إيجاب الاستيذان تكليف و لا- تكليف على غير البالغ، و لاشتراط الإيجاب بالبلوغ، فينتفى بانتفائه مطلقا، عملا بعموم المفهوم، و عن التبيان أنه حكى عن الجبائى القول بوجوب الاستيذان على المميزين فى الأوقات الثلاثه أخذا بظاهر الأمر، قال قوم: فى ذلك دلاله على أنه يجوز أن يؤمر الصبى، لأنه أمره بالاستيذان، و الجميع كما ترى.

و يدل على المطلوب أيضا بالتقريب السابق عموم الأحاديث الداله على

«رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم»(۱)

و أن

«انقطاع يتم اليتيم الاحتلام»(۲)

كل ذلك مضافا إلى النصوص الداله عليه بالخصوص فمنها

النبوى المرسل فى محكى الخلاف و التذكره، «إذا استكمل المولود خمس عشره سنه كتب ما له، و ما عليه، و أخذ منه الحدود».

و الآخر(۳)«أن عبد الله بن عمر عرض عليه عام بدر و هو ابن ثلاث عشره سنه فرده، و عرض عليه عام أحد و هو ابن أربع عشره سنه فرده،

و لم يره بالغا، و عرض عام الخندق و هو ابن خمس عشره سنه فأجازه فى المقاتله»

بل قيل: إن الثانى منهما

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ۱۱.

٢- ٢ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ٩.

٣- ٣ سنن البيهقى ج- ۶- ص ۵۵.

مشهور، رواه جماعه من أرباب المغازی و السیر ممن یوثق بنقلهم.

و عن عیون الأثر «أن عمر بن عبد العزیز لما حدث به دعی کاتبه فقال: اعجل علی کاتبا للأمصار کلها، فإن رجالا یقدمون إلی یستفرضون لأبنائهم و إخوانهم فانظروا من فرضت له فاسئلوهم عن أسنانهم، فمن کان منهم ابن خمس عشره سنه فافرضوا له، و اقضوا لهم فی المقاتله، و من کان دون ذلک فافرضوا لهم فی الذریه»(۱).

و

فیه «أنه (صلی الله علیه و آله) عرض علیه یوم أحد أسامه بن زید و زید بن ثابت و استأذن ظهیر فردهم، ثم اجازهم یوم الخندق، و هم أبناء خمس عشره سنه، و ان من جمله من رد فی ذلک الیوم البراء بن عازب و أبو سعید الخدری و زید بن أرقم.

و منها

صحیح ابن محبوب (۲)عن عبد العزیز العبدی عن حمزه بن حمران «قال:

سألت أبا جعفر (علیه السلام) قلت له: متی یجب علی الغلام أن یؤخذ بالحدود التامه و یقام علیه و یؤخذ بها فقال: إذا خرج عن الیتم و أدرک، قلت: فلذلک حد یعرف؟ فقال:

إذا احتلم أو بلغ خمس عشره سنه أو أشعر أو أنبت قبل ذلک أقیمت علیه الحدود التامه و أخذ بها، و أخذت له، قلت: فالجاریه متی تجب علیها الحدود التامه و تؤخذ بها و تؤخذ لها قال: إن الجاریه لیست مثل الغلام، إن الجاریه إذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنین ذهب عنها الیتم، و دفع إلیها مالها، و جاز أمرها فی الشراء و البیع، و أقیمت علیها الحدود التامه، و أخذ لها و بها، قال: و الغلام لا یجوز أمره فی الشراء و البیع، و لا یخرج من الیتم حتی یبلغ خمس عشره سنه، أو یحتلم أو یشعر أو ینبت قبل ذلک».

و هو مع صراحته فی المطلوب و انجباره بالشهره العظیمه و محکی الإجماع أو محصله لا قدح فی سنده، إذ حمزه مع کونه من آل أعین المعلوم جلالتهم و عظم منزلتهم فی الشیعه سدید الحدیث کثیر الروایه، قد روی عنه الأجلاء کعبد الله بن مسکان، و ابن بکیر، و ابن أبی عمیر، و الحسن بن محبوب، بل فی بعض طرق کتابه صفوان بن یحیی و هم من أصحاب الإجماع.

۱- ۱ المصدر نفسه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحدیث- ۲.

و ما عن ظاهر النجاشی- و رساله أبی غالب الزراری من أنه من أصحاب الصادق (علیه السلام) خاصه و ربما یؤیده أن الخبر فی الوسائل و الوافی عن حمزه بن حمران عن حمران عن أبی جعفر (علیه السلام)- یدفعه تصریح غیره بأنه من أصحابهما معا، و إن کان روایته عن الصادق (علیه السلام) أکثر و أشهر، فلا إرسال حینئذ فی الخبر المزبور.

و فی مصابیح العلامه الطباطبائی إن الذی وجدته فی بعض النسخ المصححه من الکافی و التهذیب روایه حمزه بن حمران عنه (علیه السلام) و قد رواه فی المستطرفات کذلک، و کأنه الأصح، علی أن حمران بن أعین أبو حمزه أجل من أن یتعرض لبیان حاله، فالروایه لا قدح فیها من هذه الجهه.

نعم عبد العزیز لم ینص علیه بمدح و لا ذم، لکن روایه الحسن بن محبوب و خصوصا فی کتاب المشیخه المعروف بالاعتماد قد یحصل منه الظن بعدالته، کل ذلک مضافا إلی الاعتضاد بما عرفت.

و منها

حسن یزید الکناسی أو صحیحه (۱)عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: «الجاریه إذا بلغت تسع سنین ذهب عنها الیتم و زوجت و أقیمت علیها الحدود التامه و لها، قال:

قلت: الغلام إذا زوجه أبوه و دخل بأهله و هو غیر مدرک أ یقام علیه الحدود و هو علی تلک الحال؟ قال: فقال: أما الحدود الکامله التی یؤخذ بها الرجال فلا، و لکن یجلد فی الحدود کلها علی مبلغ سنه فیؤخذ بذلک ما بینه و بین خمس عشره سنه، فلا تبطل حدود الله فی خلقه و لا تبطل حقوق المسلمین بینهم».

و حسنه الآخر أو صحیحه (۲)فی حدیث «قلت لأبی جعفر (علیه السلام) أ فیقام علیها الحدود و تؤخذ بها و هی فی تلک الحال إنما لها تسع سنین و لم تدرک مدرک النساء فی الحیض؟ قال: نعم إذا دخلت علی زوجها و لها تسع سنین ذهب عنها الیتم و دفع إلیها مالها، و أقیمت الحدود التامه علیها و لها، قلت: فالغلام یجری فی ذلک مجری

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب مقدمات الحدود الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب عقد النکاح الحدیث- ۹.

الجاریه؟ فقال: یا أبا خالد إن الغلام إذا زوجه أبوه و لم یدرک کان الخیار له إذا أدرک، و بلغ خمس عشره سنه أو یشعر فی وجهه أو ینبت فی عانته قبل ذلک، قلت:

فإن زوجه أبوه و دخل بها و هو غیر مدرک أ یقام علیه الحدود و هو فی تلک الحال قال: أما الحدود الکامله التی یؤخذ بها الرجال فلا، و لکن یجلد فی الحدود کلها علی قدر مبلغ سنه فیؤخذ بذلک ما بینه و بین خمس عشره سنه»

، الحدیث.

و منها

صحیح ابن وهب (۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام فی کم یؤخذ الصبی بالصیام؟

قال: فیما بینه و بین خمس عشره سنه، و أربع عشره سنه، فإن هو صام قبل ذلک فدعه»

بناء علی اراده معنی «أو» من الواو فیها، بل عن النهایه روایته بها، بل لا بد من کون المراد ذلک لاستحاله الجمع هنا کما هو ظاهر، و حینئذ فمقتضی السیاق و التردید کون ما تقدم علیهما وقتا للتمرین و الأخذ علی سبیل التأدیب، فیکون البلوغ حینئذ بأحدهما و یمتنع أن یکون الأقل و إلا لم یکن الزمان المتوسط بینه و بین الأکثر تمرینیا، فیتعین کونه الأکثر، و لعل النکته فی التردید التنبیه علی الفرق بین المتوسط بینهما و المتقدم علیهما فی التضییق و عدمه بالنسبه إلی التمرین فإن الصبی یضیق علیه فیما بین الأربعه عشر و الخمسه عشر، بخلاف ما تقدم من الزمان فإنه لا یضیق علیه لبعده عن البلوغ.

و منها

صحیحه الآخر(۲)«سألت أبا عبد الله علیه السلام فی کم یؤخذ الصبی بالصلاه؟

فقال: فیما بین سبع سنین و ست سنین، قلت: و فی کم یؤخذ بالصیام؟ قال: فیما بینه و بین خمس عشره سنه و أربع عشره سنه فإن هو صام قبل ذلک فدعه، و لقد صام ابنی فلان قبل ذلک فترکته.»

بالتقریب السابق.

و منها

المروی فی المحکی عن الخصال (۳)بإسناده عن العباس بن عامر عمن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب من یصح منه الصوم الحدیث- ۱-.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أعداد الفرائض الحدیث- ۱.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب من يصح منه الصوم الحديث- ١٣.

ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام «قال: يؤدب الصبى على الصوم ما بين خمس عشره سنه إلى سته عشره سنه».

و منها

مرسل المقنع (۱)روى أن الغلام يؤخذ بالصيام ما بين أربعه عشر إلى سته عشر سنه، إلا أن يقوى قبل ذلك،»

و إرسالهما غير قادح بعد الانجبار بما عرفت و هما صريحان فى المطلوب إذ المراد من الخمسه عشر نصا و فتوى ما هو المنساق منهما من إكمال العدد لا الدخول فيه، و به صرح غير واحد بل نسبه جماعه إلى المشهور بل عن مجمع البيان، و ظاهر التذكره، و المسالك الجواديه، نسبته إلى أصحابنا بل عنهما و كنز الفوائد «أنه لا يكفى فى البلوغ الطعن فى الخامسه عشر عملا بالاستصحاب و فتوى الأصحاب» و زاد فى الأولين «أن الاكتفاء به وجه للشافعيه منشؤه توهم صدق اسم العدد بالدخول فيه».

و على كل حال فلا ريب فى أن المفهوم من كلام الأصحاب اعتبار الإكمال و انه لا يكفى الدخول، و بذلك يتضح دلاله المرسلين المتقدمين، كما انه اتضح لك قوه القول المشهور، و أنه يدل عليه الكتاب، و السنه، و العقل، و قد يقال:

و الإجماع، إذ المسأله و إن كان قد يتوهم أنها سداسيه الأقوال، الخمس عشر دخولا و كمالا، و كذا الأربع عشر، و كمال الثلاث عشر، و العشر، لكن التحقيق أنه ليس فيها إلا قولان، أحدهما المشهور و هو كمال الخمس عشر، و الثانى قول ابن الجنيد و هو كمال الأربع عشر اما القول بالدخول فى الخمس عشر فلم نعرف القائل به.

نعم عن الأردبيلى أنه حكاه عن بعض أصحابنا و اختاره، و عن الكفايه موافقته فى الحكايه دون الاختيار، لكن الظاهر أنه وهم، خصوصا بعد ما سمعت من التصريح بعدم الاكتفاء بالطعن فيها و أنه لا بد من إكمالها، اللهم إلا أن يكون النظر فى هذا القول إلى قول ابن الجنيد بالأربع عشر، بناء على أن العلم بإكمالها لا يحصل إلا بالدخول فيما بعدها، لكن عليه يتحد هذا القول مع قول ابن الجنيد، ضروره كون اعتبار الدخول فى الخمس عشر للعلم بحصول الحد، لا لاعتباره فى أصل التحديد، و كان العدول

۱- ۱ المصدر نفسه الحديث ۱۴.

فى التعبير حينئذ للتنبيه على تأويل نصوص الخمس عشر بذلك.

و فيه حينئذ ما عرفت من عدم قابليه بعضـها لذلك، و ظهور الإجماع على خلافه، و أما الدخول فى الأربع عشر فإنه و إن كان قد يفهم من السـيورى، و ابن فهد و ابن أبى جمهور، أنه مذهب ابن الجنيد، حيث استدلوا له ب خبر ابن سنان (۱)الذى هو نص فى ذلـك، لكن التحقيق خلافه، إذا الأصل فى حكايه قول ابن الجنيـد الفاضل فى المختلف، و الظاهر مما نقله اراده الإكمال الـذى هو المفهوم من العدد لغه و عرفا، و خصوصا مع اقترانه بالقول المشهور الذى قد عرفت كون المراد منه ذلك.

و فى المصابيـح و كـان منشـأ التوهم احتجـاج الفاضل له ب روايه الثمالى (۲)المتضـمنه لجريان الأحكام على الصبيان فى ثلاث عشـر و أربع عشـر، ففهم السـيورى منها تحديد البلوغ بالأخذ فى الأربع عشر، و ربما ساعده قول المصنف «و فى روايه من ثلاث عشـر إلى أربع عشـر مشيرا الى هذه الروايه» كما هو الظاهر و انضم إليها روايه ابن سنان (۳)المصرحه بهذا المعنى، و احتج بهما لابن الجنيـد، بنـاء على أن الاحتجاج بروايه الثمالى واقع فى كلامه، كما توهمه عباره المختلف، و تبعه على ذلك ابن فهـد، غير أنه أورد الحديث بلفظ المتن، ظنا منه أنه منقول باللفظ و اقتفى اثر هما ابن أبى جمهور.

و لا يخفى ما فى ذلك كله من التساهل و التسامـح، فإن اسـتناد ابن الجنيد إلى روايه الثمالى غير معلوم، و إن أوردها العلامه فى المختلف حجه له، فإن من عادته فيه الاحتجاج للمـذاهب بما يناسـبها و إن لم يسـتند إليه القائل، و على تقـدير الاسـتناد فالمعنى الذى أشار إليه المحقق غير متعين فى الحجه، لجواز أن يكون الوجه فيها الأخذ بأكثر العددين، نظرا إلى احتمال توهم الراوى، و يؤيده العطف «بأو» فى بعض النسخ، و على

التعيين فلاـ ينـافى ذلـك إراده الإكمـال، لاحتمـال أن يكون المراد انتهـاء الاحتمال بانتهاء الأكثر، دون الطعن فيه، و على تقـدير المنافاه فلا يتعين فيها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱۲- ۱۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث- ۳.

الحمل على ما يطابق روايه ابن سنان، فإنها محتمله لإراده البلوغ بإكمال الثلاث عشر و هو خلاف البلوغ بالدخول فى الرابعه عشر.

و بالجمله فروايه الثمالى مضطربه اللفظ، محتمله المعنى، فلا يصح الحكم بمطابقتها لروايه ابن سنان، و لا يصلح الاستناد إليها فى تعيين مذهب ابن الجنيد و إن علم استناده إليها فى القول المذكور، بل المتعين الرجوع فى ذلك الى ما يقتضيه الخلاف المحكى عنه فى المسأله و قد عرفت أنه ظاهر فى الإكمال بل صريح فيه هذا.

و لكن فى المدارك حكايه هذا القول من دون تعيين القائل، بل عن المجمع، و قلائد الدرر، نسبته إلى ظاهر الصدوق، بل زاد الأول نسبته إلى الشيخ فى الاستبصار، و مال إليه سيد المدارك بل عن بعض متأخرى المتأخرين اختياره، كما عن القاسانى تقويته، و الأردبيلى احتماله تاره، و تقويته أخرى.

و فيه أنه لم يتحقق نسبته إلى الصدوق و الشيخ، بل لعل المتحقق منهما خلافه، فينحصر القائل حينئذ فى بعض متأخرى المتأخرين، و هو مسبوق بالإجماع.

و أما القول بالثلاث عشر و إن حكاه فى المسالك قولا من دون تعيين، بل عن المجمع، و الكفايه، نسبته إلى ظاهر الشيخ فى كتابى الأخبار، بل عن الأول الظاهر أن غير الشيخ ذهب إلى ذلك أيضا، و عن الثانى بعد إيراد ما تضمن الثلاث عشر من النصوص، و هذه أخبار معتبره، فالعمل بمقتضاها متجه، و ظاهره القول به.

لكن لا يخفى عليك أن مرجع هذا القول و سابقه إلى شى ء واحد، لتوافقهما فى الثمره و اتحادهما فى الدليل، بل لا يبعد أن يكون المراد بالأول أن حد البلوغ إكمال الثلاث عشر، و اعتبار الدخول فى الأربع عشر، مقدمه للعلم نحو ما سمعته فى الخمس عشر، و الأمر فى ذلك هين.

و إنما الكلام فى إثبات هذا القول من أصله، فإنا لم نجد به قائلا معينا، و كلام متأخرى الأصحاب فى حكايه هذا القول و تعيين المحكى عنه لا يخلو من تلجلج و اضطراب.

و المجتمع مما قالوه بعد رد بعضه إلى بعض نسبه القول به إلى ابن الجنيد،

و ظاهر الشیخ و الصدوق، و قد عرفت أن مذهب ابن الجنید کمال الأربع عشر، و الشیخ موافق للمشهور، لنصه علیه فی مواضع من کتبه، و نقله فی الخلاف إجماع الفرقه علیه، و إیراده نصوص الثلاث عشر فی کتابی الأخبار مع کونه معارضا بمثله لا یقتضی أن یکون ذلک مذهبا له، و کذا إیراده حدیث الثمالی فی النهایه مضافا إلی ما فیه من الإجمال المانع من تعیین المذهب، و ما یوهمه الإستبصار من الأخذ بحدیث عمار مأول بالضروره، لمخالفته الإجماع بل الضروره.

و أما الصدوق فقد أورد فی الخصال و الفقیه علی ما قیل ما یناسب هذا القول، و ما ینافیه، و ظاهر کلامه فی صوم الفقیه موافقه المشهور، بل کلامه فی المقنع یؤید ذلک، مضافا إلی خلو الکتب المعده لنقل الخلاف حتی النادر عن نسبه ذلک إلیهما، بل ظاهر بعضها أو صریحه قصر الخلاف علی ابن الجنید.

و اما القول بالعشر فإنه حکاه الخراسانی من غیر تعیین القائل، لکن لم نتحققه بل لم یحکه أحد من أصحابنا غیره، بل ظاهر الکتب المعده لذکر الخلاف الإجماع علی عدمه، و لعل منشأ الوهم قول بعضهم بصحه بیعه و مضی تصرفه فی الوصیه، و العتق، و جواز مؤاخذته علی الجنایه و السرقه و الارتداد، و لکنک خبیر بأن شیئا من ذلک لا یقتضی البلوغ، و غایته ثبوت حکم البالغ لذی العشر فی مواضع مخصوصه ورد بها النص.

نعم جعل المصنف فی النافع خبر العشر روایه فی البلوغ، لکنه لم یعمل به، و العامل به لم یجعله بلوغا، بل نص علی خلافه، فلم یثبت للأصحاب قول بالعشر، کما أنه ظهر لک عدم قول فی المسأله غیر قول ابن الجنید، و أن ما عداه بین ما لا أصل له، و بین ما استقر الإجماع علی خلافه، بل یمکن دعوی ذلک فی قول ابن الجنید، إذ هو و إن کان معروف الحکایه عنه إلا أنه قد استقر الإجماع بعده علی خلافه.

مضافا إلی ضعف ما ذکر دلیلا له من

خبر أبی حمزه(۱)عن أبی جعفر علیه السلام «قلت له: جعلت فداک فی کم تجری الأحکام علی الصبیان قال: فی ثلاث عشره و أربع عشره، قلت: فإنه لم یحتلم فیها قال: و ان کان لم یحتلم فإن الأحکام تجری علیه»

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۳.

و عموم أدله التكليف و صحه توجه الخطاب إلى المميزين عقلاء لوجود شرطيه العلم و القدره خرج الأقل بالنص و الإجماع، فيبقى ذو الأربع عشر، و لأن نصوص الخمس عشر(۱)محتمله للأخذ فيها، و للإكمال، و البناء على الأول هو الموافق للاحتياط فى العباده، و إن كان مخالفا له بالنسبه إلى ما يتعلق بالولى، و لأن أحوال البدن فى الإنسان مرتبه على الأسابيع، فيجب أن يكون بلوغه كذلك، و ليس فى الأسبوع الأول و لا الثالث قطعا فيكون الثانى و هو المطلوب.

أما الأول فبالعقل و النقل، (اما الأول) فلما ذكره الأطباء من أن استكمال الإنسان و تراجعه فى السنين يشبه أحوال القمر فى استكماله و تراجعه فى دوره، فإن القمر يبدو هلالا ضعيفا ثم لا يزال يزداد إلى الليله السابعه، فيقوى و يشتد نوره و لا يزال فى الاشتداد حتى يصير فى الليله الرابعه عشر بدرا كاملا، ثم يرجع فينقص شيئا فشيئا حتى يكون فى الواحد و

العشرين من الشهر كهيأته فى السابع منه، ثم يزداد نقصه و خفاؤه الى أن ينتهى إلى العدم و المحاق فى الثمانيه و العشرين، و هكذا الصبى إذا ولد كان ضعيف الخلقه نحيف التركيب إلى أن يتم له سبع سنين، فإذا تم له ذلك استبان فيه آثار القوه فى العقل و البدن، ثم لا يزال يترقى إلى أن يتم له أربع عشره سنه، فإذا دخل فى السنه الخامسه عشر دخل فى الأسبوع الثالث، فهناك يكمل له العقل و تشتد قوته، و تتحرك فيه الشهوه، ثم لا يزال يترقى على هذه الحاله إلى السنه الحاديه و العشرين، ثم يدخل فى الأسبوع الرابع و هو آخر أسابيع النشو و النماء، فإذا تم له ذلك بإتمام السنه الثمانيه و العشرين انتقل إلى سن الوقوف، و هو الزمان الذى يبلغ فيه أشده، و هو الأسبوع الخامس، و يمتد إلى ست و ثلاثين سنه، ثم يبدو له الرجوع بعد ذلك و يكون عوده كبدئه.

(و اما الثانى) فلما رواه

الصدوق فى الفقيه (۲)عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث- ۲- و الباب- ۱۴- من أبواب عقد البيع الحديث- ۱-.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب أحكام الأولاد الحديث- ۵.

«یربی الصبی سبعا و یؤدب سبعا و یستخدم سبعا و منتهی طوله فی ثلاث و عشرین سنه، و عقله فی خمس و ثلاثین، و ما کان بعد ذلک فبالتجارب».

و عن الصادق (علیه السلام)(۱)«دع ابنک یلعب سبع سنین، و یؤدب سبع سنین، و ألزمه نفسک سبع سنین، فإن، أفلح و إلا فإنه مما لا خیر فیه».

و خبر عیسی بن یزید(۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «قال: قال أمیر المؤمنین (علیه السلام):

ینتظر الصبی لسبع سنین، و یؤمر بالصلاه لتسع، و یفرق بینهم فی المضاجع لعشر، و یحتلم لأربع عشره و ینتهی طوله لإحدی و عشرین سنه، و ینتهی عقله لثمان و عشرین إلا التجارب».

و فی الجمیع ما لا یخفی، إذ فی الأول: مضافا إلی الطعن فی سنده- بجهاله السندی بن ربیع، و یحیی بن المبارک، و وقف عبد الله بن جبله- یمکن منع دلالته علی المطلوب، لاشتماله علی التردید المنافی للتعیین. و حمله علی التقسیم أو التردید من الراوی- لعلو مرتبه الإمام عنه، فیجب البناء علی الأکثر، للأصل، و یثبت المطلوب- لیس بأولی من إبقاء العطف علی ظاهره، و حمله علی التمرین القابل من حیث استحبابه للدرجات، بخلاف الإیجاب بل هو أولی بملاحظه ما سمعته من أدله الخمس عشر کما هو واضح.

و فی الثانی: أن البلوغ شرط ثالث مغایر للعلم و القدره، و حصوله بالأربع عشر مشکوک فیه، فیشک حینئذ فی التکلیف المشروط به، علی أن الأصل عدم الشرط مع الشک فیه کما هو المفروض، و بانتفائه ینتفی المشروط.

و الثالث: ما عرفت من عدم الإجمال فی نصوص الخمس عشر، لأنها بین ما هو نص فی الإکمال، و بین ما هو ظاهر فیه، و وجوب الاحتیاط موقوف علی التکلیف، فلو توقف التکلیف علیه دار، علی أن الاحتیاط فی نفسه لا یقتضی الوجوب، مع عدم اشتغال الذمه بما یتوقف علیه کما نحن فیه، إذ ذمه الصبی خالیه عن الشواغل.

۱- ۱ المصدر نفسه الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱۰- فیه یتغیر بدل ینتظر.

و الرابع: إنا نمنع اطراد الأسابيع فی كل شی ء حتی البلوغ بالمعنی الـذی يترتب عليه الأحكام الشـرعيه، و الوجه العقلی مع كونه ظنيا لا يقتضيه، و النقلی مسوق لشی ء آخر، فلا يقاس عليه البلوغ، و

قوله (عليه السلام)(۱)«يحتلم لأربع عشر»

لا عموم له، و إنما المراد به الغلبه أو الإمكان فی ذلك الزمان دون ما قبله، فإن الاحتلام قد يتأخر عن المده المذكوره.

فظهر من ذلك كله أنه لا ينبغی للفقيه التوقف فی المسئله، و القول بالثلاثه عشر مضافا إلی ما سمعته سابقا فيه، انما يشهد له

موثق عمار(۲)عن الصادق (عليه السـلام) سألته عن الغلام متی تجب عليه الصـلاه، قال: إذا أتی عليه ثلاث عشره سنه، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاه و جری عليه القلم، و الجاريه مثل ذلك إن أتی لها ثلاث عشره سنه،

أو حاضت قبل ذلك فقد وجب عليها الصلاه، و جری عليها القلم».

و عبد الله بن سنان (۳)عنه أيضا «سأله أبی و أنا حاضـر عن قول الله تعالی حَتَّی إِذا بَلَغَ أَشُـدَّهُ قال: الاحتلام، قال: فقال: يحتلم فی ست عشـره و سـبع عشره سنه و نحوها، فقال إذا أتت عليه ثلاث عشره سنه. كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات و جاز أمره إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا».

و موثقه الآخر(۴)عنه أيضـا «إذا بلغ الغلام ثلاث عشـره سـنه كتبت له الحسـنه، و كتبت عليه السـيئه و عوقب و إذا بلغت الجاريه تسع سنين كلفت، و ذلك أنها تحيض لتسع سنين».

و صحيحه الآخر(۵)عنه أيضا «إذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشره سنه و دخل فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۴- من أبواب أحكام الأولاد الحديث- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۸.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱۲.

۵- ۵ هكـذا فی الوسائل، و لكن فی التهـذيب ج- ۹- باب- ۸- وصـيه الصبی و المحجور الحديث- ۶- من بعـد قوله: فقال إذا أتت عليه ثلاث عشره سنه توجد هذه الجمله و نحوها فقال: لا إذا أتت عليه ثلاث عشره سنه. إلخ.

الأربع عشره وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتلم أو لم يحتلم، و كتبت عليه السيئات و كتب له الحسنات، و جاز له كل شى ء إلا أن يكون ضعيفا أو سفيها».

و الأول مع كونه من قسم الموثق و مشتمل على ما أجمع الإماميه على خلافه من عدم زياده بلوغ الجاريه على العشر غير صالح لمعارضه

ما تقدم من وجوه، و كذا ما بعده من النصوص التى هى فى قوه خبر واحد باعتبار كون الأصل فيها عبد الله بن سنان، و أن التعدد إنما هو فى الطريق اليه، مع أنها عدا الأخير منها من قسم الموثق المعلوم حاله.

و الأخير مشتمل على الحسن بن على بن زياد الوشاء، و عن ظاهر الأكثر عد حديثه من الحسن لا الصحيح، بل فى المحكى عن المسالك التصريح بذلك، قال و وصفه بالصحه فى كلام بعض الأصحاب يراد به الصحه الإضافيه، دون الحقيقيه مضافا إلى اختلاف ألفاظ الحديث و اضطراب متنه لأنه على ما رواه الوشاء يقتضى توقف البلوغ على الدخول فى الأربع عشر و هو خلاف المدعى و خلاف ما رواه غيره من البلوغ بالثلاثه عشر الذى هو غير البلوغ بالدخول فى الأربع عشر، و لذا كان بلوغ الأنثى بالتسع لا الدخول فى العشر و الصبى الخمس عشر لا الدخول فى السته عشر، هذا و ان أمكن دفعه بما سمعته سابقا من أن اعتبار الدخول للعلم، لا للبلوغ، إلا أن عدم معروفيته عن ذلك بمثله فى نظائره و اختلاف ألفاظ الروايه مما يحصل به الارتياب فى سلامه اللفظ المسموع من الإمام (عليه السلام).

و على كل حال فلا ريب فى قصورها عن معارضه ما تقدم من وجوه، و احتمال ترجيحها عليها بالمخالفه لجميع مذاهب العامه- بخلاف نصوص الخمس عشر الموافقه لمذهب الأوزاعى، و الشافعى، و أبى يوسف، و محمد بن الحسن، و أحمد بن حنبل- يدفعه استبعاد خفاء مثل ذلك على الأساطين، سيما مع معروفيه ما يقع منهم (عليهم السلام) تقيه بين خواصهم، حتى كان بعضهم يقول لبعض قد أعطاه من جراب النوره.

بل يمكن دعوى القطع من الفقيه الممارس لكلماتهم العارف بلسانهم و ما يلحنونه فى أقوالهم بعدم صدور نصوص الخمس عشر مصدر التقيه، على أن أكثرها عن الباقر

و الصادق عليهما السلام، و زمان الباقر عليه السلام متقدم على زمان القائل بالخمس عشر من أهل الخلاف، بل و كذا الصادق عليه السلام عدا الأوزاعى.

لكن قيل الذى يظهر من تتبع الأخبار أن التقيه منه و من الباقر عليهما السلام من فقهاء الحجاز و العراق، دون الشام التى الأوزاعى منها، بل لم يكن بحيث يتقى منه، على أن فى جمله من تلك النصوص تحديد بلوغ الأنثى بالتسع، المخالف لما أجمع عليه العامه، و هو أقوى شاهد على عدم خروجها مخرج التقيه التى لو بنى فيها الأمر على الاحتمال كما اختاره بعض المحدثين، كان حمل خبر ابن سنان عليها أولى، باعتبار معروفيته عند العامه و اتصاله بالمنصور، و المهدى، و الهادى، و الرشيد من خلفاء بنى عباس، و كثره وقوع التقيه من الصادق عليه السلام، بخلاف الباقر عليه السلام.

فلا ريب فى قصورها عن المعارضه لتلك النصوص المتعدده التى فيها الصحيح و غيره، الموافقه للأصل و العمومات، و ظاهر الكتاب و السنه، و محكى الإجماع و الشهره العظيمه، بل صحيح ابن وهب منها صريح فى نفى الثلاثه عشر لأن أقصى ما يحتمل فيه و إن كان خلاف الظاهر تحقق البلوغ بالدخول فى الخمس عشر، بناء على أن المراد من العددين فيه الأخذ فيهما، لا كمالهما، و هو غير مكافئ له سندا كما هو واضح بل و دلاله لاحتمال خبر الثلاث عشر تأكد الاستحباب، أو تحقق البلوغ بغير السن من الأسباب، أو غير ذلك.

و إن أبيت فصناعه الفقه تقتضى طرحه فى مقابلته، كطرح ما تضمن التحديد بخمسه أشبار

فى خبر السكونى (۱)عن الصادق عليه السلام «قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا بلغ الغلام خمسه أشبار اقتص منه، و إن لم يكن بلغ خمسه أشبار قضى بالديه»

أو تأويله بما يرجع إلى المشهور، و التحديد بثمان سنين

فى خبر سليمان بن حفص المروزى (۲)«قال إذا تم للغلام ثمان سنين فجائز أمره، و وجب عليه الفرائض و الحدود

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب قصاص النفس الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب حد السرقه الحديث- ۱۳.

و إذا تم للجاريه تسع سنين فكذلك».

و الموثق عن الحسن بن راشد(۱)عن العسكرى عليه السلام «إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجائز أمره فى ماله، و قد وجب عليه الفرائض و الحدود و إذا تم للجاريه تسع فكذلك»

المخالفين للإجماع كما عن الآبى الاعتراف به.

و التحديد بالعشر

فى خبر أبى أيوب الخزاز(۲)«سألت إسماعيل بن جعفر متى تجوز شهاده الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قال: قلت: و يجوز أمره قال:

فقال: إن رسول الله دخل بعائشه و هى ابنه عشر سنين، و ليس يدخل بالجاريه حتى تكون امرأه، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره و جازت شهادته»

المقطوع سنده، بل فى طريقه العبيدى عن يونس، و فيه كلام و قد ورد بالعشر نصوص كثيره فى الوصيه و العتق و الوقف و غيرها.

و لعل منها ما أشار إليه المصنف بقوله و فى أخرى إذا بلغ عشرا و كان بصيرا، أو بلغ خمسه أشبار جازت وصيته، و اقتص منه، و أقيمت عليه الحدود الكامله و ان كنا لم نعثر على اجتماع ذلك فى روايه كما اعترف به فى المسالك، قال: «أما روايه العشر فى جواز الوصيه فهى صحيحه، و فى معناها روايات، إلا أنها لا تقتضى البلوغ، لجواز اختصاصه بهذا الحكم، و من ثم لم يعمم، و أما بلوغ خمسه أشبار فهو فى روايه أخرى، و إن كان المفهوم من العباره أنهما فى واحده، و معنى قولنا أقيمت عليه الحدود أنه لا ينقص منها شى ء، لأن الصبى إذا فعل ما يوجب الحد على غيره يؤدب بما لا يبلغ الحد، و لنا

روايه(۳)أخرى «أن الأحكام تجرى على الصبيان من ثلاث عشره سنه و أربع عشره سنه و ان لم يحتلم»

و ليس فيها تصريح بالبلوغ مع عدم صحه سندها، و هذه الروايه قدمها المصنف فى النافع ثم عقبها بقوله و فى أخرى، و هنا عبر بالأخرى من غير سبق روايه و ليس بجيد.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب الشهادات الحديث- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۳.

قلت: الأمر فی ذلک کله سهل بعد أن لم یکن فی شی ء من نصوص العشر المتفرقه فی الأبواب ما یدل علی کون العشر بلوغا، و غایتها ارتفاع الحجر بها عن الصبی فی تلک الأمور المخصوصه، و بعضها کالصریح فی ذلک و الأصحاب بین عامل بمضمونها فی تلک الموارد، و بین راد لها فی الجمیع، و بین مفصل فأجاز و صیته، لصحه الأخبار الوارده فیها، و منع فیما عدا ذلک.

و أما حصول البلوغ الذی هو مناط التکلیف بالعشر فلم نعرف قائلا به نعم أرسله فی الکفایه کما سمعت، و لم نتحققه، بل مقتضی اسناد بعض الأصحاب له إلی الروایه، عدمه، و علی تقدیره فلا ریب فی ضعفه لقصورها عن المعارضه من وجوه، بل النص مستفیضه فی عدم حصوله بالعشر.

ف

فی صحیح أبی بصیر(۱)عن الصادق علیه السلام «فی غلام صغیر لم یدرک ابن عشر سنین زنی

بامرأه یجلد الغلام دون الحد، و تجلد المرأه الحد کاملا قیل له و إن کانت محصنه قال: لا ترجم لأن الذی نکحها لیس بمدرک».

و الحلبی (۲)قلت لأبی عبد الله علیه السلام: «الغلام له عشر سنین فیزوجه أبوه فی صغره أ یجوز طلاقه و هو ابن عشر سنین؟ فقال: أما التزویج فصحیح، و أما طلاقه فینبغی أن تحبس علیه امرأته حتی یدرک، فیعلم أنه کان طلق امرأته».

و صحیح صفوان (۳)عن إسحاق بن عمار قال: «سألت أبا الحسن علیه السلام عن ابن عشر سنین أ یحج؟ قال: علیه حجه الإسلام إذا احتلم، و کذا الجاریه علیها الحج إذا طمثت»

و نحوه غیره إلی غیر ذلک من النصوص، فلا إشکال فی المسأله بحمد الله من هذه الجهه، بل و لا من غیرها کما بان لک ذلک مفصلا هذا کله فی الذکر.

و أما الأنثی فبلوغها کمال تسع علی المشهور بین الأصحاب، بل هو الذی استقر علیه المذهب، خلافا للشیخ فی صوم المبسوط، و ابن حمزه فی خمس الوسیله فبالعشر إلا أن الشیخ قد رجع عنه فی کتاب الحجر، فوافق المشهور و کذا الثانی فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب حد الزنا الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب میراث الأزواج الحدیث- ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

كتاب النكاح منها بل قد يرشد ذلك منهما إلى إراده توقف العلم بكمال التسع على الدخول فى العشر.

و على كل حال فيمكن بعد رجوع المخالف دعوى تحصيل الإجماع كما وقع من بعضهم بل فى السرائر بعد أن حكى عن صوم المبسوط ما سمعت، و عن نهايته التسع قال: «و هو الصحيح الظاهر من المذهب، لأنه لا خلاف بينهم أن حد بلوغ المرأه تسع سنين، فإذا بلغتها و كانت رشيده سلم الوصى إليها و هو بلوغها الوقت الذى يصح أن تعقد على نفسها عقده النكاح، و يحل للبعل الدخول بها بغير خلاف بين الشيعه الاثنى عشريه».

و يدل عليه مضافا إلى ذلك و إلى ما تقدم من خبرى ابن حمران (۱)و يزيد الكناسى (۲)و موثقى عبد الله بن سنان (۳)و الحسن بن راشد(۴)، و

مرسل الفقيه (۵)قال «أبو عبد الله عليه السلام إذا بلغت الجاريه تسع سنين دفع إليها مالها، و جاز أمرها فى مالها، و أقيمت الحدود التامه لها و عليها»

و النصوص (۶)الداله على جواز الدخول بالجاريه إذا بلغت تسعا، و أنها تحيض لتسع (۷)و هى كثيره.

و أما البلوغ بالعشر فقد رواه الشيخ مرسلا و لم أجد به روايه مسنده نعم ربما يستدل له ب

روايه غياث بن إبراهيم (۸)عن الصادق عليه السلام «أن أمير المؤمنين عليه السلام قال:

۱- ۱ الوسائل الباب ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث- ۲- و الباب- ۲- من أبواب الحجر الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات- ۴.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۴.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب مقدمات النكاح.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱۲- و الباب ۲ و- ۳- من أبواب العدد الحديث ۴ و ۵.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب مقدمات النكاح الحديث- ۷.

لا توطی ء جاریه لأقل من عشر سنین، قال: فإن فعل فعیبت ضمن»

لکنها کما تری مع أنها ضعیفه السند- بینه الشذوذ معارضه بالروایات المستفیضه الداله علی جواز الدخول بالجاریه لتسع، بل

عن النبی (صلی الله علیه و آله)(۱)«أنه دخل بعائشه قبل تجاوز التسع»

غیر صریحه فی تحدید البلوغ بالعشره لجواز استناد المنع فیها إلی أمر آخر، غیر عدم البلوغ، فلیس للفقیه محیص عن المشهور، کما هو واضح،.

و علی کل حال فالمراد بالسنه فیها- و فی الذکر هنا بل و فی غیره من التحدیدات القمریه، لأنه المعهود من الشرع و المعروف عند العرب، و قد قال الله تعالی (۲)«إِنَّ عِدَّهَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنا عَشَرَ شَهْراً فِی کِتابِ اللَّهِ یَوْمَ خَلَقَ السَّماواتِ» و قال (۳)«هُوَ الَّذِی جَعَلَ الشَّمْسَ ضِیاءً وَ الْقَمَرَ نُوراً وَ قَدَّرَهُ مَنازِلَ لِتَعْلَمُوا عَدَدَ السِّنِینَ وَ الْحِسابَ» و قال (۴)«یَسْئَلُونَکَ عَنِ الْأَهِلَّهِ قُلْ هِیَ مَواقِیتُ لِلنَّاسِ وَ الْحَجِّ».

و علی هذا فیعتبر فی الذکر مضی أربع عشره سنه و أحد عشر شهرا هلالیا فی السنه الأولی،

و یکمل الشهر الأول منها من السادسه عشر ثلاثین یوما إن کان تاما و إلا ففی تکملته ثلاثین کالأول، أو بقدر ما فات منه تم أو نقص احتمالان: أظهرهما عند بعض الأساطین الأول، و کذا الکلام فی الأنثی، و ربما قیل بانکسار الشهور و السنین کلها بانکسار الشهر الأول فیبطل اعتبار الأهله و یرجع الی العدد فی الجمیع و هو ضعیف.

و الظاهر انتفاء القول هنا و إن قیل بمثله فی غیره و قد تقدم لنا شطر صالح من الکلام فی ذلک فلاحظ و تأمل هذا.

و لا یخفی ان تحدید البلوغ بالسن کغیره من التحدیدات أمر واحد، غیر مختلف بالقیاس إلی أنواع التکالیف، لما عرفت من أن البلوغ مرتبه خاصه فی جمیع أفراد الحیوان فضلا عن الإنسان- لإجماع العلماء و للنصوص الکثیره الوارده فی التحدید علی اختلافها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحدیث.

۲- ۲ سوره التوبه الآیه ۳۶.

۳- ۳ سوره یونس الآیه- ۵.

۴- ۴ سوره البقره الآیه ۱۸۹.

فيه، إلا أنها متفقه فی عدم الاختلاف المزبور.

بل خبر عبد الله بن سنان (۱)منها- الذی قواه المتأخرون، و مال إلى الأخذ به الفاضل المذكور- ظاهر الدلاله على ما ذكرنا، و كذا حديث الثمالی (۲)و خبر حمزه بن حمران (۳)بل النبوی صريح فی ذلک.

و فی

المروی عن قرب الإسناد عن علی بن المفضل (۴)«أنه كتب الى أبی الحسن عليه السلام ما حد البلوغ؟ قال: ما أوجب على المؤمنين الحدود»

و به يظهر العموم فی خبر يزيد الكناسی (۵)حيث دل على أن الحدود لا تثبت للغلام قبل بلوغ الخمس عشر، فما تفرد به الفاضل الكاشانی- من أن التحديد بالسن مختلف فی التكليفات، و أن الحد فی كل شی ء هو التحديد الوارد فيه، ظنا منه أن التوفيق بين النصوص الوارده فی السن إنما يحصل بذلک- واضح الفساد، لمخالفته إجماع الإماميه بل المسلمين كافه، فإن العلماء مع اختلافهم فی حد البلوغ بالسن مجمعون على أن البلوغ الرافع للحجر هو الذی يثبت به التكليف، و أن الذی يثبت به التكليف فی العبادات هو الذی يثبت به التكليف فی غيرها، و أنه لا فرق بين الصلاه و غيرها من العبادات، فيه.

بل هو أمر ظاهر فی الشريعه، معلوم من طريقه فقهاء الفريقين، و عمل المسلمين فی الأعصار و الأمصار من غير نكير، و لم يسمع من أحد منهم تقسيم الصبيان بحسب اختلاف مراتب السن، بأن يكون بعضهم بالغا فی الصلاه مثلا غير بالغ فی الزكاه، أو بالغا فی العبادات دون المعاملات، أو بالغا فيها غير بالغ فی الحدود، و ما ذاک إلا لكون البلوغ بالسن أمرا متحدا غير قابل للتجزيه و التنويع، على أن فی جمله من نصوص المقام خبری المروزی (۶)و ابن راشد(۷)المصرحين بوجوب الفرائض و الحدود على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱۲-.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۳-.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ۷.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ۳.

۶- ۶ المستدرک ج- ۱- ص ۷.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ۴-.

الغلام بإكمال الثمان، و التوفيق بينهما و بين التحديدات غير ممكن.

و كذا ما ورد فى الوجوب على ذى ست، و عدم الوجوب على من لم يبلغ ثلاث عشره سنه، أو أربع عشر، و ما دل على وجوب الصوم على الجاريه بالتسع، و ما دل على عدمه عليها إلا بالثلاث عشر.

و بالجمله فالنصوص مختلفه اختلافا لا يرجى جمعه بنحو ذلك، و إنما الواجب النظر فى اخبار المسأله بالنسبه إلى المكافاه و عدمها، ثم الأخذ بالراجح، و ترك المرجوح أو تأويل ما يمكن فيه منه بالحمل على التمرين و التأديب، أو غير ذلك، كما فعله الأصحاب، و قد بان لك بحمد الله الراجح منها و المرجوح، و الله أعلم بحقيقه الحال، هذا كله فى السن و الإنبات و الإنزال.

أما الحمل و الحيض فليسا بلوغا فى حق النساء بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل نفاه عنه غير واحد من دون استثناء، ففى المسالك «لا خلاف فى كون الحيض و الحمل دليلين على البلوغ، كما لا خلاف فى كونهما بلوغا بأنفسهما» بل هو ظاهر العلامه فى التذكره و التحرير حيث نفى الخلاف فى كون الحيض دليلا على البلوغ و الدليل فى كلامهم هنا خلاف السبب، لكن فى المبسوط أن البلوغ يحصل بثلاثه الاحتلام، و الحيض، و السن، ثم قال: و الحمل دلاله على البلوغ، و كذا الإنبات على، خلاف فيه، و ظاهره كون الحيض بلوغا دليلا على سبقه، و مثله ما فى الوسيله لكن يمكن أن يريدا بذلك عدم دلالته على السبق بزمان يسع التكليف، لجواز اتصاله بالسن، و وقوعه بعد كمال التسع بلا فصل، فيكون كالسبب فى البلوغ، لا بمعنى جواز التقدم عليه فإن امتناعه مقطوع به فى كلام الأصحاب، كما أنه يمكن إراده ثانى الشهيدين من العباره السابقه أنه لا خلاف فى كون الحمل و الحيض دليلين على سبق البلوغ كما لا خلاف فى كون هذين الأمرين المذكورين فى المتن المفهومين ضمنا من دلاله الحمل و الحيض على السبق بلوغا فى أنفسهما، و يمكن إرجاع الضمير إلى الحمل و الحيض على معنى اراده تعليق أحكام البلوغ عليهما فى الشرع، و إن كانا كاشفين عنه حقيقه.

ف

فی خبر عبد الرحمن بن الحجاج (۱)عن الصادق (علیه السلام «ثلاث یتزوجن علی کل حال، و عد منها التی لم تحض و مثلها لا تحیض، قلت: و ما حدها قال: إذا أتی لها أقل من تسع سنین».

و روایته الأخری (۲)عنه أیضا «ثلاث یتزوجن علی کل حال و ذکر من جملتها التی لم تحض و مثلها لا تحیض، قال: قلت: و متی یکون کذلک قال ما لم تبلغ تسع سنین، فإنها لا تحیض و مثلها لا تحیض».

و روایه عبد الله بن عمر(۳)«قلت لأحدهما: الجاریه یشتریها الرجل و هی لم تدرک أو قد یئست من المحیض؟ قال: لا بأس بأن لا یستبرءها».

و موثق عبد الله بن سنان (۴)«إذا بلغ الغلام ثلاث عشره سنه کتبت له الحسنه و کتبت علیه السیئه و عوقب، و إذا بلغت الجاریه تسع سنین فکذلک، و ذلک أنها تحیض لتسع سنین.»

و خبر یونس بن یعقوب (۵)«أنه سأل أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یصلی فی ثوب واحد؟ قال: نعم، قلت: فالمرأه قال: لا یصلح للحره إذا حاضت إلا الخمار، إلا أن لا تجده»

و غیرها من النصوص المعلقه لأحکام البلوغ علی الحیض.

أما الحمل فقد یدل علیه

الحسن کالصحیح (۶)«عن أبی عبد الله (علیه السلام) أنه قال:

فی رجل ابتاع جاریه و لم تطمث قال: إن کانت صغیره لا یتخوف علیها الحبل فلیس علیها عده، و لیطأها إن شاء، و إن کانت قد بلغت و لم تطمث فإن علیها العده».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب العدد الحدیث- ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب العدد الحدیث- ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب لباس المصلی الحدیث- ۴-.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۳- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۱-.

و

مرسل جمیل (۱)عن أحدهما (علیهما السلام) «فی الرجل یطلق الصبیه التی لم تبلغ و لا یحمل مثلها و قد کان دخل بها، و المرأه التی قد یئست من المحیض و ارتفع حیضها و لا یلد مثلها؟ قال: لیس علیهما عده و إن دخل بهما».

و موثق محمد بن مسلم (۲)عن أبی جعفر (علیه السلام) «قال: التی تحبل مثلها لا عده علیها».

و خبر منصور بن حازم (۳)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الجاریه لا یخاف علیها الحبل قال: لیس علیها عده».

و خبر ابن أبی یعفور(۴)عن الصادق (علیه السلام) أیضا «فی الجاریه التی لم تطمث و لم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل قال: لیس علیها عده یقع علیها».

بل قد یشهد لذلک أیضا فحوی الأخبار المستفیضه(۵)المتضمنه لنفی العده عن الصغیره و التی لم تبلغ المحیض، فإن الوجه فی انتفاء العده فی مثلها علی ما یستفاد من النصوص عدم الاسترابه بالحمل فی مثلها، و مقتضی ذلک خروجها عن حد الصغر بإمکان الحمل، فخروجها عنه بتحققه أولی.

و علی کل حال فقد بان لک مما ذکرنا عدم کونهما بلوغا بأنفسهما بل قد یکونان دلیلین علی سبق البلوغ فی مثل المجهول حالها، بأن یکون الحیض منها کاشفا عن حصول العدد لها،

فلا یرد أن الدم الذی تراه قبل التسع لیس بحیض، و بعدها یکون بلوغها بالسن، فلا أثر للحیض فی الدلاله، إذ الجواب ما أومأنا إلیه من ظهور القاعده فی مجهوله السن، فإن بلوغها یعرف بالحیض، لدلالته علی السن الدال علیه، لا بالسن، لفرض جهالته.

نعم یعتبر فیه معلومیه کونه حیضا من الصفه أو غیرها، و لا یکفی هنا ما اشتهر بین الفقهاء من قاعده الإمکان، إذ هو مشروط ببلوغ التسع کما صرحوا به، و الفرض

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب العدد الحدیث- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب العدد الحدیث- ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب العدد.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۳- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۳.

فی المقام الاشتباه.

و من هنا قال فی التذكره: «لو اشتبه الخارج أنه حيض أم لا لم يحكم بالبلوغ، و لا يحكم إلا مع اليقين عملا بالاستصحاب» و هو كذلك و معه يسقط اعتبار الصفه، فإنها إنما تعتبر فی صوره الشك.

و أما دلاله الحمل على السبق فباعتبار قضاء العاده بتقدم الحيض، و باعتبار كونه مسبوقا بالإنزال الذی قد عرفت سببيته للبلوغ، لأن تكون الولد إنما يكون من اختلاط مجموع المائين، و هو المراد من الأمشاج فی الآيه الكريمه(۱)على ما هو المهور بين المفسرين كإراده صلب الرجل و ترائب المرأه من قوله تعالى (۲)«يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَ التَّرائِبِ» لا صلب الرجل و ترائبه، و لا أن المراد بالامشاج الاختلاط من الطبائع التی تكون فی الإنسان من

الحراره و البروده و الرطوبه و اليبوسه، و لا الأطوار و الشؤن، و لا الاختلاط من منی الرجل و حيض المرأه، مع أنه على الأخير يتم المطلوب أيضا.

و ما ذكرناه فی الآيتين هو المروی عن ابن عباس بل هو موافق للنصوص الكثيره عن النبی (صلی الله عليه و آله) و الأئمه عليهم السلام على أن خلق الولد من المائين و أن ماء الرجل أبيض غليظ، و ماء المرأه أصفر رفيق، و أن العظم و العصب و العروق من نطفه الرجل و الشعر و الجلد و اللحم من نطفه المرأه، و أن الذكوره و الأنوثه و الشبه بالأعمام و الأخوال من تسابق المائين، و علو أحد هما على سابقه روى ذلك الصدوق، و الراوندی، و الطبرسی، فی المحكی عن العلل، و القصص، و المجمع و الاحتجاج.

و ما عن الحكماء و الأطباء من الاختلاف فی منی المرأه فعن أرسطو و أتباعه أنه لا منی لها و انما ينفصل عنها رطوبه شبيهه بالمنی إذا امتزج بها منی الرجل تولد منها ماده الجنين، و ذلك لوجود القوه العاقده فی منی الرجل و المنعقده فی رطوبه المرأه.

۱- ۱ سوره الدهر الآيه- ۲.

۲- ۲ سوره الطارق الآيه- ۶.

و عن جالینوس و أكثر الأطباء أن للمرأه منیا كالرجل، و فی كل منهما قوه عاقده و منعقده، لكن منی الذكر أشد و أقوی فی الفعل و التأثیر من منی الأنثی، و عن الحكماء أن مبدء التصویر فی منی الرجل، و مبدء التأثیر و التصور فی منی المرأه، و إنما المنی إنما یقال علیهما بمحض اشتراك الاسم، و الا فمنی الرجل حار نضیج ثخین، و منی المرأه جنس من دم الطمث، و إنما حصل به استحاله یسیره، لا یبعد به عن الدم بعد منی الرجل منه، و لذا یسمونه طمثا لا منیا.

و عن بعض المحققین ان المنی عند الحكماء و هو الماء الجامع لبیاض اللون و رائحه الطلع، و الدفق و اللذه و القوه العاقده غیر قادح فی شی ء مما ذكرنا، ضروره كون النزاع بین الفریقین لفظیا، و أن الاتفاق منهما واقع علی أن تكون الولد من مجموع المائین، و العبره فی التسمیه بالعرف و اللغه و رطوبه المرأه تسمی منیا فیهما، و خروجها عنه باصطلاح الحكماء لا یقدح فی ثبوت الحكم الشرعی المنوط بغیره، كما هو واضح.

و علی كل حال ففی التذكره و القواعد و المسالك «أن دلاله الحمل علی البلوغ منوطه بالوضع، لعدم العلم بتحققه بدونه، فبعد الوضع یحكم بالبلوغ قبله».

قلت الأجود إناطه الحكم بالعلم فی أصل الحمل، و ابتدائه فلو علم به قبل الوضع حكم بالبلوغ، و كذلك لو علم بكونه لأكثر من سته أشهر حكم به، لما یحتمل النقص عنه، و لا فرق فی دلاله الحمل علی البلوغ بین أن یكون الولد تاما أو غیر تام، إذا علم أنه مبدء نشو آدمی، كما فی العلقه و المضغه، و یسقط اعتبار السته أشهر هنا. و للرجوع إلی الأربعین- كما دلت علیه الروایات فی مراتب النشو- وجه وجیه.

ثم لا یخفی علیك أن الحاجه إلی هذه العلامه فیما إذا تحقق الحمل للمرأه من غیر إحساس بالإنزال، فلو أحست به حصل لها العلم بالبلوغ بذلك، و جری علیها القلم، و إن توقف الحكم به ظاهرا علی ظهور الحمل، أو تحقق الوضع و الله هو العالم بحقیقه الحال.

[تفریع الخنثی المشكل لو خرج منیه من الفرجین حكم ببلوغه]

تفریع: الخنثی المشكل بناء علی الانحصار فی الرجل و المرأه، و أنه

لا قسم ثالث إن نبت شعره الخشن حول الفرجين أو بلغ سنه الخمس عشر لو خرج منيه من الفرجين أو أمنى من فرج الذكر بعد مضى تسع، و إمكان الامناء من الذكر حكم ببلوغه بلا خلاف أجده بيننا و لا إشكال ضروره حصول سبب البلوغ فى الفرضين، إن كان رجلا أو امرأه.

نعم لو خرج منيه من أحدهما يحكم به بناء على اعتبار اعتياد المخرج فى الدلاله على البلوغ، لجواز كون ذلک الفرج زائدا، فلا يكون معتادا أما لو صار ذلک معتادا أو قلنا بدلاله خروج المنى مطلقا على البلوغ، اتجه الدلاله هذا.

و فى المسالک بعد أن حكم بعدم الدلاله قال: «و مثله ما لو حاض من فرج النساء خاصه هذا هو الذى اختاره أكثر العلماء و لبعض العامه قول بأن ذلک كاف فى البلوغ لان خروج المنى من فرج الذكر يحكم بكونه ذكرا، كما يحكم به لو خرج البول منه خاصه، و كذا القول فى الحيض و المنى من فرج الأنثى، و لان خروج منى الرجل من المرأه و الحيض من الرجل مستحيل، و كان دليلا على التعيين، و متى ثبت التعيين كان دليلا على البلوغ، و لأن خروجهما معا دليل البلوغ، فخروج أحدهما أولى، لأن خروجهما يفضى إلى تعارضهما، و إسقاط دلالتهما، إذ لا يتصور حيض صحيح و منى رجل، و نفى فى التذكره البأس عن هذا القول، و هو فى محله نعم لو صار ذلک معتادا قويت الدلاله».

قلت لا ينبغى التأمل فى دلاله الحيض، بعد فرض العلم بكونه حيضا، لا أنه بصفاته و ان احتمل كونه غير حيض على التعيين، و على البلوغ، كما أنه لا ينبغى التأمل فى دلاله المنى الخارج من الفرج بعد العلم بكونه منيا عليهما أيضا، إذا كان خروجه فى زمان عدم إمكان خروجه من الذكر، لاستحاله ذلک من غير الأنثى كما هو واضح.

أما لو كانا بالصفه مع احتمالهما غيرهما، فالمتجه ما هو المشهور من عدم الدلاله على أحدهما، لما عرفت، و قياسه على البول مع أنه منصوص هو مع الفارق، ضروره كون المفروض أنهما بالصفات، و إن لم يقطع بكونهما حيضا أو منيا، و دعوى أن

الصفات مما تورث العلم ظاهره الفساد، و إلا لم يمكن فرض التعارض فيهما فی المسأله التی ذکرها المصنف و غيره بقوله.

و لو حاض من فرج الإناث و أمنی من فرج الذکور حکم ببلوغه علی المشهور بين الأصحاب، نقلا إن لم يکن محصلا، بل فی المسالک «أن دلاله ذلک عليه واضحه، لأنه إما ذکر فقد أمنی، و إما أنثی فقد حاضت» و للعامه قول بعدم ثبوت البلوغ بذلک، لتعارض الخارجين و إسقاط کل واحد منهما الآخر، و لهذا لا يحکم و الحال هذه بالذکوره و لا بالأنوثه، فيبطل دلالتهما کالبينتين إذا تعارضتا، بل فی المسالک «هو وجه فی المسأله».

قلت: هو مع أنه مناف للوضوح الذی ادعاه سابقا اللهم إلا أن يريد بالوجه مطلق الاحتمال و ان کان واضح الضعف تعارضهما بالنسبه إلی الدلاله علی الذکوره أو الأنوثه لا يقضی به بالنسبه إلی البلوغ، ضروره عدم التلازم بينهما کما هو واضح و الله أعلم.

[الوصف الثانی الرشد]

الوصف الثانی الذی يتوقف عليه رفع الحجر الرشد فی المال بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الکتاب و السنه داله عليه أيضا، و المرجع فيه العرف کما فی غيره من الألفاظ التی لا حقيقه شرعيه لها، و لا لغويه مخالفه للعرف، و ما عن الکشاف- من أن الرشد الهدايه، و القاموس الاهتداء، و النهايه و الصحاح خلاف الغی، المفسر فيهما بالضلال- لا ينافی ما ذکره الأصحاب فی المقام، إذ هو بالنسبه إلی خصوص المال، و لو سلم فالعرف مقدم علی اللغه عندنا، کما حررناه فی محله.

و علی کل حال ف هو أن يکون مصلحا لماله و قد قيل: إنه طفحت به عباراتهم، بل عن التنقيح «أنه لا شک فيه عند العرف» و مجمع البرهان «هو الظاهر المتبادر منه عرفا، و أنه هو الذی ذکره الأصحاب» و عن مجمع البيان «أنه العقل و إصلاح المال و هو

المروی عن الباقر (عليه السلام)(۱)و عن مجمع البحرين عن الصادق- (عليه السلام)(۲)فی تفسير الآيه «أنه حفظ المال».

و لعل مرجع الجميع إلی شی ء واحد، و هو ما صدق عليه عرفا انه رشد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحکام الوصايا الحديث ۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحکام الوصايا الحديث ۶.

بالنسبه إلى المال، إلا أن قاعدتهم فى مثل هذه الألفاظ الراجعه إلى العرف عدم التحديد التام، اتكالا عليه، بل ربما لا ينافى فى بعض المقامات تحديده على الوجه التام، و من هنا قد عرفت تفسيره بما سمعت، و فى القواعد و عن غيرها أنه كيفيه نفسانيه تمنع من إفساد المال، و صرفه فى غير الوجوه اللائقه بأفعال العقلاء، و كثير منهم ممن فسره بالإصلاح قد أخذ الملكه فيه فى مقام آخر، و جميع ذلک عند التأمل فضول لوفاء العرف فى مصداقه، فليس من وظائف الفقيه البحث فيه، فضلا عن الاطناب.

نعم جرت عادتهم بذكر تفسير له على جهه الإجمال، و لذا تختلف فى القيود، و من هنا يعرف ما فى المسالک فى شرح عباره المتن معترضا بها عليه، بل و على غيره قال:

«ليس مطلق الإصلاح موجبا للرشد، بل الحق أن الرشد ملكه نفسانيه تقتضى إصلاح المال، و تمنع من إفساده، و صرفه فى غير الوجوه اللائقه بأفعال العقلاء.

و احترزنا بالملكه عن مطلق الكيفيه، فإنها ليست كافيه، بل لا بد من أن تصير ملكه يعسر زوالها، و باقتضائها إصلاح المال عما لو كان غير مفسد له، و لكن لا رغبه له فى إصلاحه على الوجه المعتبر عند العقلاء، فإن ذلک غير كاف فى تحقق الرشد، و من ثم يختبر بالاعمال اللائقه بحاله، كما سيأتى، و يمنعه من إفساده عما لو كان له ملكه الإصلاح و العمل، و جمع المال، و لكن ينفقه بعد ذلک فى غير الوجه اللائق بحاله، فإنه لا يكون رشيدا».

و فيه أولا: أنه من المعلوم إراده الصفه اللازمه ضروره عدم صدق الرشيد عرفا على من حصل منه ذلک على وجه الاتفاق، و مرجع الملكه إلى ذلک فهى مراده للجميع بهذا المعنى قطعا، و المراد بإصلاح المال حفظه و الاعتناء بحاله، و عدم تبذيره و المبالاه و نحو ذلک مما ينافيه العرف بالاعمال التى لا تليق بحاله.

أما تنميته و التكسب به فقد يمنع اعتباره فى الرشد عرفا، من غير فرق بين أولاد الرؤساء و غيرهم، و ستعرف عدم وجوب الاختبار بالاعمال اللائقه بحاله، و انما هو طريق من طرق معرفه الرشد، كالغزل و الاستغزال، و النسج و الاستنتاج فى الأنثى و الجمع بينهما فى الخنثى، ضروره عدم توقف تحقق الرشد عرفا على ذلک، بل قد

يتحقق عرفا بدونه، كما هو واضح بأدنى تأمل. و بالجمله إطاله الكلام فى تحقق مصداق الرشد فى المال مع وفاء العرف به تضييع للعمر فيما لا ينبغى.

و أولى من ذلك البحث فى أنه هل يعتبر فيه العداله أولا حتى قال المصنف فيه تردد بل و خلاف فعن الشيخ، و الراوندى، و أبى المكارم، و فخر الإسلام، اعتبارها، بل عن الغنيه الإجماع عليه، و المشهور نقلا و تحصيلا- بل فى المسالك و محكى التذكره نسبته إلى أكثر أهل العلم- العدم، إذ لا ريب فى صدق العرف بدونها، و لو كانت معتبره فى الابتداء لاعتبرت فى الاستدامه، و هو معلوم الفساد بالسيره القطعيه فى معامله المخالفين، و أهل الذمه و الفسقه و غير هم.

و من هنا حكى عن التذكره الإجماع على عدم التحجير بطرو الفسق الذى لم يستلزم تبذيرا، و على عدم مدخليه ترك المروه ككشف الرأس و مد الرجل و أشباه ذلك فى العداله على تقدير اعتبارها فى دفع المال.

قلت: بل يمكن دعوى كونه ضروريا يشك فى إسلام منكره، و قد صرح الأصحاب بجواز بيع الخشب لمن يعمل الأصنام، و التمر و الزبيب لمن يصنع الخمر.

فمن الغريب النقل عن الشيخ فى الخلاف، و المبسوط، و ابن زهره التزام ذلك بل هو فى المبسوط لم يجعل ذلك احتياطا، كالمحكى عن الخلاف، و الغنيه المستظهر من الاحتياط فيهما الوجوب دون الندب، مع أن الإنكار عليهما فى الاحتياط لو أريد منه الاستحباب واضح، فضلا عما لو لم يكن احتياطا.

و أغرب من ذلك استدلالهما عليه بقوله (۱)«وَ لا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمْ» بضميمه ما

روى عنهم (۲)«من أن شارب الخمر سفيه»

و بأن الفاسق موصوف بالغى الذى هو ضد الرشد المعتبر فى المال و لان المتيقن العدل دون غيره، و نحو ذلك مما لا يليق بالفقيه جعل شى ء منها مدركا للحكم الشرعى كما هو واضح.

و أطرف من ذلك كله القول بأنه لا يرد عليهما على تقدير قولهما بذلك شى ء

۱- ۱ سوره النساء الآيه- ۵-.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۸.

ممـا ذکر، لأن العـداله عنـدهما ظاهر الإسـلام مع عـدم ظهور الفسق، أو حسن الظاهر، و هما معا متحققان فی غالب الناس إذ هو کما تری.

نعم لهما الفرق بین الابتـداء و الاسـتدامه مع أنه لیس لهما أیضا، للقطع بتحقق الرشد عرفا بدونها، فلا یجوز منع مال الناس بأمثال هذه المزخرفات، و بعض أفراد الفسق الذی یرتفع معها وصف الرشد و یثبت بها وصف السـفه لا یقضی باعتبار العداله فی ماهیه الرشد قطعا، کما هو واضح و بالجمله الإطناب فی ذلک کما وقع لبعضـهم أیضا من تضییع العمر، فیما لا ینبغی کالمسأله السابقه و الله أعلم.

و کیف کان ف إذا لم یجتمع الوصـفان ای البلوغ و الرشد کان الحجر باقیا بلا خلاف و لا إشـکال و کذا لو لم یحصل الرشد و لو طعن فی السن لإطلاق الأدله خلافا لبعض العامه فأوجب دفع المال إلیه إذا بلغ خمسه و عشرین سنه.

و علی کل حال و أماما یعلم به رشده فهو أیضا بطرق لا تنحصـر عرفا و منها معرفته باختباره بما یلائمه من التصـرفات لیعلم قوته علی المکایسه فی المبایعات، و تحفظه من الانخـداع، و کـذا تختبر الصبیه و حینئـذ فیعرف رشـدها بأن تحفظ من التبـذیر، و أن تعتنی بالاسـتغزال مثلاـ و بالاسـتنتاج، إن کـانت من أهل ذلک أو بما یضاهیه من الحرکات المناسـبه لها و یأتی تمام الکلام فی آخر المبحث إنشاء الله تعالی.

و کیف کان ف یثبت الرشد بشـهاده الرجال فی الرجال (۱۱) إجماعا و بشهاده الرجال (۱۲) منفردین و النساء (۱۳) کذلک فی النساء (۱۴) أو مع التلفیق بلاـ خلاـف أجـده فیه، بـل قیـل: علیه الإجمـاع فی کثیر من العبارات، و إن کنا لم نتحققه دفعا لمشـقه الاقتصار (۱۵) علی الرجال فیهن و غیره فیندرج فیما دل علی نفیهما من الآیه و الروایه.

بـل قـد ینـدرج فیما دل علی قبـول شـهادتهن فیمـا یعسـر اطلاـع الرجـال علیه من النصـوص، و إن کـان لاـ یخلو من بحث لو لا الاعتضاد باتفاق الأصحاب، ظاهرا علیه، فظهر حینئذ عدم الإشکال فی الحکم بجمیع أفراده و الخناثی کالنساء علی الظاهر.

إنمـا الکلاـم فی اعتبـار قیـام بینه الرشـد عنـد الحـاکم و حکمه بها فی الثبوت، أو یکفی قیامها بعـد معلومیه جمعها للشـرائط من العداله و نحوها عند من فی یده المال،

ربما احتمل الأول، لمعلوميه اعتبار الحاكم فى الشهاده، و الغرض أن المقام من موضوعها، و إلا لاكتفى بخبر الواحد، و قد يقوى الثانى خصوصا مع تعذر الحاكم أو تعسر الوصول إليه لعموم قبول البينه و منع اشتراطها بالحاكم فى المقام، و أمثاله الذى قيل أنه يكتفى فيه بالظاهر، للسيره القطعيه فى معامله مجهول الحال، و البينه لا تقصر عنه، كما إنه قيل بتحقق وصف الرشد بقيامها و لو عند غيره، فيحصل حينئذ شرط الدفع، و إن كان لا يخلو من نظر، و تمام الكلام فى المسأله فى مقام آخر، ضروره كثره أفرادها و الله أعلم هذا كله فى الرشد.

[أما السفيه]

و أما السفيه بالنسبه إلى المال فهو المقابل له فيكون عباره عن الذى يصرف أمواله فى غير الأغراض الصحيحه عند العقلاء و لو أبناء الدنيا، لما عرفت من أن الرشد إصلاح المال، و تحققه لا يحصل إلا بعدم الصرف فى غير الأغراض الصحيحه، و تمام الكلام فيه يعرف مما قدمناه فى الرشد، و أن مرجعه إلى العرف الذى لا ـ شک فى عدم تحققه بمجرد الصرف فى مطلق المعاصى، إما لأنه ليس تبذيرا، أو لأنه لا يتحقق السفه عرفا.

لكن فى المحكى عن التحرير إن استلزم فسقه التبذير- كشراء الخمر و آلات اللهو و النفقه على الفاسق- لا يسلم إليه شى ء لتبذيره، و فى المحكى عن التذكره: الفاسق إذا كان ينفق أمواله فى المعاصى و يتوصل بها إلى الفساد فهو غير رشيد، و لا تدفع إليه أمواله إجماعا، بل قيل: الظاهر أنه إجماع الأمه.

و فيه: أن مثله قد لا يعد عرفا سفيها، خصوصا الإنفاق على الفاسق، و إلا لاتجه ما عن الأردبيلى من الإشكال بأنه قل ما يخلو عن ذلک الإنسان، فإنهم يشترون ما لا ـ يجوز و يستعملون الربا، و يعطون الأموال للمغنى و اللاعب بالمحرم، و إلى من يأخذ من الناس الأموال قهرا، خصوصا الحكام و الظلمه، فيلزم أن يكونوا سفهاء لا ـ تجوز معاملتهم و مناكحتهم و أخذ عطاياهم، و زكواتهم و خمسهم، فإنهم سفهاء، بإجماع الأمه كما فهمناه من التذكره مع أنهم صرحوا و أطلقوا معاملاتهم، و مناكحتهم، و قبول جوائزهم، و قالوا بكراهتها.

بل يمكن أن يقال: إن صرفه فى العنب بأن يعمل خمرا، و فى الخشب بأن يعمل صنما و نحو ذلك صرف فى المحرم، فيكون فاعله سفيها لا تجوز معاملته و مناكحته، مع أنهم جوزوا ذلك و قالوا بكراهتها، و لا شك أن صرفه و لو كان قليلا من الإطعام للرياء و السمعه و غير ذلك من الأغراض الغير الصحيحه شرعا حرام، فيكون موجبا للسفه، و من الذى يخلو عنه من أرباب الأموال فيلزم عدم جواز أخذ العطيه بل الزكاه و الخمس منهم فتأمل.

و بالجمله فالتنزه عنه متعسر جدا، فإنه لو لم يعامل السفيه، فإنه يعامل من يعامله، و يصعب ذلك أيضا أنهم قالوا أن الرشد شرط، فلا بد من تحققه، ليعمل بالمشروط، فمن جاء إلى سوق كيف يعرف ذلك، بل كيف يعرف حصول الرشد الابتدائى الذى هو شرط بالإجماع، فالظاهر أنهم يبنون على الظاهر، و يتركون الأصل، فإن حال الإنسان أنه لم يفعل حراما، و لا يصرف ماله فيه.

و لعل هذا المقدار كاف للعلم بالرشد المطلوب فى جواز المعامله و المناكحه، و لهذا ما نقل الامتناع و التفحص عنهم عليهم السلام، و لا عن أحد من العلماء المتدينين، و يكون الاختبار الابتدائى لتسليم المال للنص و الإجماع.

و فيه أن ذلك لا يجدى فى المعلوم حالهم، كالحكام و غيرهم و من هنا التجأ بعضهم إلى الجواب بأن السفيه لا تجوز تصرفاته بعد الحجر عليه لا قبله، و ليس السفه بنفسه موجبا للمنع، و هو أيضا مناف لإطلاق النص و الفتوى، بل و قوله (۱)«وَ لا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ» و غيره فالتحقيق ما عرفته من أن المناط فى تحققه و صدقه العرف، و لا ريب فى عدمه عرفا فى جميع ما ذكره، ضروره اختلاف أصناف الناس، فقد يليق بالسلطان ما لا يليق بغيره، و لا يعد به سفيها، و إن كان صرفه فى محرم كما هو واضح.

و قد عرفت أن السيره القطعيه على معامله مجهول الحال، عملا بظاهر الحال، و أصل الصحه و غير ذلك، و حيث عرفت أن المدار فى السفه و الرشد على العرف، فقد

۱- ۱ سوره النساء الآيه- ۵.

يقال بتحقق الأول منهما فيه بصرف جميع المال في وجوه البر، خصوصا بالنسبه إلى بعض الأشخاص، و الأزمنه، و الأمكنه، و الأحوال، كما أومأ إليه رب العزه بقوله (۱)«وَ لا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلى عُنُقِكَ وَ لا تَبْسُطْها كُلَّ الْبَسْطِ»(۲)«وَ يَسْئَلُونَكَ ما ذا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ».

و هو كما

عن الصادق (عليه السلام)(۳)«الوسط من غير إسراف و لا إقتار»

و الباقر(۴)(عليه السلام) «ما فضل عن قوه السنه»

و ابن عباس «ما فضل عن الأهل و العيال، أو الفضل عن الغنى».

و عن النبي (صلى الله عليه و آله)(۵)«انه قال: لمن أتاه ببيضه من ذهب أصابها في بعض الغزوات يجى ء أحدكم بماله كله يتصدق به، و يجلس فيكفف الناس، إنما الصدقه عن ظهر غنى».

و المرسل (۶)عن الصادق (عليه السلام) «لو ان رجلا أنفق ما في يده في سبيل الله ما كان أحسن، و لا وفق للخير، أ ليس الله تبارك و تعالى يقول «وَ لا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَ أَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ».

و عن الصادق (عليه السلام)(۷)أيضا «قوله وَ الَّذِينَ إِذا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَ لَمْ يَقْتُرُوا وَ كانَ بَيْنَ ذلِكَ قَواماً» فبسط كفه و فرق أصابعه، و حناها شيئا و قوله «وَ لا تَبْسُطْها» فبسط راحته، و قال: هكذا و قال: القوام ما يخرج من بين الأصابع و يبقى في الراحه منه شي ء».

و عنه (۸)أيضا «أنه تلا هذه الآيه فأخذ قبضه من حصى و قبضها بيده، فقال: هذا الإقتار الذي ذكره الله تعالى في كتابه، ثم قبض قبضه أخرى فأرخى كفه كلها ثم قال:

۱- ۱ سوره الإسراء الآيه- ۲۹.

۲- ۲ سوره البقره الآيه- ۲۱۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب النفقات الحديث ۱۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب النفقات الحديث ۱۶.

۵- ۵ المستدرك ج- ۱ ص ۵۴۴.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب النفقات الحديث ۷.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب النفقات الحديث- ۷.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب النفقات الحديث- ۶.

هذا الإسراف، ثم قبض أخرى فأرخى بعضها و أمسک بعضها، و قال: هذا القوام».

و فی صحیح الولید بن صبیح (۱)عنه أیضا «أن رجلا کان ماله ثلاثین أو أربعین ألف درهما ثم شاء أن لا یبقی منها إلا وضعها فی حق فیبقی لا مال له فیکون من الثلاثه الذین یرد دعاؤهم قلت: من هم قال: أحدهم رجل کان له مال

فأنفقه فی وجهه، ثم قال: یا رب ارزقنی فیقال له: أ لم أرزقک».

بل

فی صحیح ابن أبی نصر(۲)عن أبی الحسن (علیه السلام) «سألته عن قول الله عز و جل «وَ آتُوا حَقَّهُ» إلی آخره کان أبی یقول من الإسراف فی الحصاد، و الجذاذ، أن یتصدق بکفیه جمیعا، و کان أبی (علیه السلام) إذا حضر شیئا من هذا فرأی أحدا من غلمانه أنه یتصدق بکفیه صاح أعط بید واحده، القبضه بعد القبضه، و الضغث بعد الضغث من السنبل».

و فی خبر ابن المثنی (۳)«سأل رجل أبا عبد الله (علیه السلام) عن قول الله «وَ آتُوا حَقَّهُ یَوْمَ حَصادِهِ» فقال: کان فلان بن فلان الأنصاری سماه و کان له حرث و کان إذا جذه یتصدق به و یبقی هو و عیاله بغیر شی ء، فجعل الله ذلک سرفا».

و عنه (۴)أیضا «أنه لما دخل الصوفیه علیه أنکر علیهم ما یأمرون به الناس من خروج الإنسان من ماله بالصدقه علی الفقراء و المساکین»

و فی بعض الاخبار(۵)«أن السرف ان تجعل ثوب صونک ثوب بذلتک»

و فی بعضها(۶)«أن السرف أمر یبغضه الله عز و جل حتی طرحک النواه، فإنها تصلح لشی ء، و حتی فضل شرابک.

و فی خبر إسحاق (۷)«لیس فیما أصلح البدن إسراف، و فیها إنما الإسراف فیما

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۲- من أبواب الصدقه الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب زکاه الغلاه الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۲- من أبواب الصدقه الحدیث- ۳- مع اختلاف یسیر.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب الصدقه الحدیث- ۸.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحکام الملابس الحدیث- ۲.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب النفقات الحدیث- ۲.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب النفقات الحدیث- ۱-.

أفسد المال و أضـر بالبدن، قيل و ما الإقتار قال: أكل الخبز و الملح، و أنت تقدر على غيره، قيل: فما القصد قال: الخبز و اللحم و اللبن و الخل، و السمن، مره هذا، و مره هذا»

و نحوه غيره لكن فى القواعـد ان صـرف المال فى وجوه الخير ليس تبذيرا، كما عن ظاهر مجمع البرهان، بل و عن مجمع البيان، بل فى المسالك إن المشهور ذلك لأنه لا سرف فى الخير، كما لا خير فى السرف، و لم يثبت كونه خيرا» و

عن النبى (صلى الله عليه و آله) «انه قال: لعلى (عليه السلام) و أما الصدقه فجهدك»

و بالنصوص الـداله على الترغيب فى ذلك، بل فى المسالك «و من المسـتفيض خروج جماعه من أكابر الصـحابه و بعض الأئمه كالحسن (عليه السـلام) صـلات من أموالهم فى الخير، و قصه صدقه أمير المؤمنين (عليه السـلام) بالإقراض مشهوره، و فى الأول أنه لاـ دلاـله على القرض كـالنصوص، و المسـتفيض عنهم لعله لانه يليق بهم ما لا يليق بغيرهم و على كل حال فالمحكم العرف كما عرفت و الله أعلم.

و كيف كـان فلو بـاع و الحـال هـذه أى غير رشـيد لم يمض بيعه و لاـ شـراؤه و لا غير ذلك من عقوده و معاملاته إذا حجر عليه الحـاكم، أو مطلقـا على الخلاـف، و كـذا لو وهب أو أقر بمـال و الضابـط: المنع من التصـرفات الماليه بلا خلاف أجـده فيه، بل يمكن تحصـيل الإجماع عليه، بل عن مجمع البرهان دعواه و هو الحجه بعد الاعتضاد بما دل عليه من كتاب و سـنه، من غير فرق فى ذلك بين ما ناسب أفعال العقلاء منها أو لا، و لا بين العين و الذمه، و لا بين الذكر و الأنثى، بل هى أولى منه، لنقصان عقلها، و يسر انخداعها.

و من هنـا حكى عن بعض العـامه بقاء الحجر عليها و إن بلغت رشـيده، و الظاهر دخول تزويجها نفسـها فى التصـرفات الماليه من جهه مقابله البضع بالمال، فلا يجوز بدون إذن الولى، أما الذكر فظاهر، لان الصداق منه.

و ما عن نكاح القواعد من أن السـفيه إذا كان به ضروره إلى النكاح، و تعذر الحاكم و الولى فإنه يجوز ان يتزوج واحده لا أزيد بمهر المثل- خارج عما نحن فيه، كالمحكى من نكاح التذكره أيضا من أنه لو نكح السفيه بغير إذن الولى مع حاجته اليه و طلبه

من الولى فلم يزوجه «قال الشيخ رحمه الله» الأقوى الصحه، لأن الحق تعين له، فإذا تعذر عليه ان يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه، كمن له حق عند غيره، فمنعه و تعذر عليه أن يصل إليه كان له أن يستوفيه بنفسه بغير رضى المديون.

و حكى عن أحد وجهى بعض الشافعيه أن النكاح يبطل و لا حد و لا مهر، و عن بعض أن لها مهر المثل، و عن بعض أن لها أقل ما يتمول رعايه لحق السفيه، و وفاء لحق العقد، إذ به يتميز عن السفاح، و لتحقيق ذلك مقام آخر، إنما الكلام فى أنه ممنوع من التصرفات الماليه بدون إذن الولى، و حال تعذر الولى أو مخالفته شى ء آخر كما هو واضح.

نعم يصح طلاقه، و ظاهره، و خلعه، و إقراره بالنسب، و بما يوجب القصاص و نحو ذلك مما ليس هو تصرفا ماليا للأصل السالم عن المعارض إذ المقتضى للحجر صيانه المال عن الإتلاف فيختص منعه بما يقتضيه دون ذلك مما ليس ماليا، و لا يشكل الخلع إذا كان بدون المثل، لأنه إذا كان له الطلاق بدون عوض أصلا فمعه بطريق أولى، اللهم إلا أن يفرق بين الخلع مطلقا و غيره بصدق الماليه حينئذ فيراعى إذن الولى بمقداره و جنسه و نحو ذلك.

و كذا قد يشكل الإقرار بالنسب إذا تضمن الإنفاق و نحوه، مما يرجع إلى المال، و يدفع بأن المال فيه تبعى لا أصلى، و قد يقال: بقبوله فى النسب خاصه دون الإنفاق، و يؤيده أنه ربما يجعل ذلك وسيله لإتلاف المال لو قلنا بقبوله، بل جزم به فى المسالك، بل ظاهره أن هذا هو المعروف قال: «و إن كان أحدهما لا ينفك عن الآخر إلا أن تلازمهما غير معلوم، بل هو كالإقرار بالسرقه مره واحده من الحرز، فإنه يثبت به المال دون القطع، و بالعكس لو أقر بها السفيه فإنه يقبل فى القطع دون المال، و حينئذ فالنفقه من بيت المال المعد لمصالح المسلمين، و للشهيد قول بأنه ينفق عليه من ماله، لأنه فرع ثبوت النسب، و لأن الإنفاق من بيت المال إضرار بالمسلمين، فكما يمنع من الإضرار بماله، يمنع من الإضرار بغيره، و رده بأن إقراره إنما ينفذ فيما لا يتعلق بالمال، و بيت المال معد لمصالح المسلمين، فكيف يقال: إن مثل ذلك يضر

بهم، إذ ذلک آت فی کل من یأخذ منه جزاء».

قلت: للشهید أن یقول: إن عموم الإقرار یشمله، بعد أن لم یکن تصرفا مالیا، و المال من التوابع، فیبقی علی مقتضی الضوابط فتأمل جیدا و علی کل حال فمما سمعت قد ینقدح الإشکال فی الإقرار بما یوجب القصاص، و قد تقدم لنا البحث فی نظیر ذلک إذا أراد فداء نفسه بالمال، لکن الأقوی کما فی المسالک وجوب الفداء أما إذا لم یکن کذلک فلا إشکال فی القبول و الله اعلم.

و لا یجوز تسلیم عوض الخلع إلیه إذا کان مالا، و إن کان هو الذی یوقع الخلع.

و لو وکله أجنبی فی بیع أو هبه مثلا جاز لأن السفه لم یسلبه حکم عبارته و لا أهلیه مطلق التصرف بل فی ماله خاصه فیبقی غیره مندرجا فیما دل علی الصحه، کما هو واضح، خلافا لبعض العامه و لو أذن له الولی فی النکاح الذی فیه مصلحته التی سوغت للولی الإذن فیه جاز إن عین له المهر و الزوجه و نحو ذلک، بحیث یؤمن معه من إتلاف المال بلا خلاف و لا اشکال، بل و إن عین الزوجه و أطلق المهر، لأنه ینصرف حینئذ إلی مهر المثل، و کذا غیره من العقود علی الأقوی، و احتمال الفرق بین النکاح و البیع- مثلا- بأن المقصود من الثانی المال دون الأول، و بأن السوق یختلف ساعه فساعه فناسب أن یکون الولی هو العاقد احتیاطا للمال، بخلاف النکاح و لذا حکی عن الشیخ و القاضی المخالفه، بل و عن غیر هما- کما تری مجرد اعتبار لا یصلح أن یکون مدرکا، و قد ظهر من ذلک و غیره أنه لیس مسلوب العباره.

و حینئذ ف لو باع فأجاز الولی فالوجه الجواز للأمن من الانخداع حینئذ و لأنه أولی من الفضولی بذلک خلافا لما سمعته من الشیخ و القاضی، ضروره أولویه المنع هنا مما سمعته سابقا من تقدم الاذن بل حکاه فی المسالک عنهم و هنا و قد یفرق بین المقامین و الله أعلم.

[أما المملوک]

و الخامس المملوک (۱۱) و هو ممنوع من التصرفات إلا بإذن المولی

كما تقدم البحث فيه مفصلا فى باب القرض.

[أما المريض]

و السادس المريض و هو ممنوع من الوصيه بما زاد عن الثلث كالصحيح إجماعا محصلا و محكيا مستفيضا أو متواترا، كالنصوص (۱)المشتمل جمله منها على أنه الحيف و التعدى، و أنه يرد إلى الثلث الذى هو المعروف و الغايه فى الوصيه، و خلاف على بن بابويه غير قادح، أو غير ثابت، لأنه قال كما فى المختلف:

«فإن أوصى بالثلث فهو الغايه فى الوصيه، و إن أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله، و يلزم الوصى إنفاذ وصيته على ما أوصى» و هو عين المحكى عن فقه الرضا، و لعله بعد قوله هو الغايه غير صريح فى الخلاف، و يكون قوله يلزم إلى آخره كلاما مستأنفا.

كما أن قوله- و إن أوصى بماله- إلى آخره محمول على إراده إلغاء وصيته أو على إراده حمل ذلك لو وقع منه على الوصيه بما يخرج من أصل المال من دين أو نذر أو كفاره أو نحو ذلك، حملا لتصرفه على الوجه الصحيح، إذ الكتاب و السنه قد توافقا على وجوب إنفاذ الوصيه، و عدم جواز تبديلها إلا مع الحيف، و هو لا يثبت بالاحتمال، و هذا و إن كنا لم نقل به، إلا انه به يخرج عن الخلاف عما نحن فيه، ضروره رجوعه إلى حمل إطلاق الوصيه بجميع المال على الوجه الصحيح، و هو غير الوصيه بالزائد على الثلث فيما لم يعلم عدم خروجه عن أصل المال من وجوه البر أو العطيه أو نحو ذلك.

لكن فيه حينئذ أنه أيضا مخالف للنصوص،(۲)المتضمنه لإبطال هذه الوصيه، و إرجاعها إلى الثلث، فأصاله الصحه إنما هى فى التصرف بماله لا بما يخرج عنه بالموت بل الأصل الفساد، و إطلاق ما دل على نفوذ الوصيه و

أنها مقدمه على الإرث محمول بقرينه النص و الفتوى على الثلث فما دون، فلا وجه للاستناد إليه فى ذلك، و لا فى الأول على تقدير خلافه.

و كيف كان فلا ريب فى عدم صراحه كلامه فى الخلاف فيما نحن فيه خصوصا بعد عدم نقل ولده عنه ذلك، و تصريحه بعدم جواز الوصيه بالزائد على الثلث من غير إشاره

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحكام الوصايا.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحكام الوصايا.

إلى خلاف والده.

بل عنه

فى المقنع أنه روى عن الصادق (۱)(عليه السلام) «أنه سئل عن رجل أوصى بماله فى سبيل الله عز و جل فقال: اجعله إلى من أوصى له به، و إن كان يهوديا أو نصرانيا فإن الله عز و جل يقول «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ ما سَمِعَهُ فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» ثم قال: عقيب ذلك ماله هو الثلث، لأنه لا مال للميت أكثر من الثلث»

مضافا إلى اقتضاء القواعد- بعد الإغضاء عن أدله الإرث، و كونها مطلقه- بطلان أصل الوصيه، فيقتصر على المتيقن فى الخارج عن ذلك، و هو الثلث.

و

خبر ابن عبدوس(۲)- «أوصى رجل بتركته متاع و غير ذلك لأبى محمد عليه السلام فكتبت إليه

رجل أوصى الى بجميع ما خلف لك. و خلف ابنتى أخت له، فرأيك فى ذلك؟ فكتب إلى: بع ما خلف و ابعث به الى، فبعث و بعثت به اليه فكتب إلى قد وصل»

محتمل لإجازه الوارث، أو لكونه مخالفا بحيث يحرم، و لطلب الامام ليأخذ ثلثه و يرد الباقى، أو يحفظه لهما لصغرهما، أو لجواز ذلك بالنسبه إلى الامام خاصه، و للتنجيز فى حال الصحه أو غير ذلك مما لا بأس به، بعد قصوره عن معارضه غيره من وجوه، و خصوصا ما تضمن منه نحو هذه الواقعه، كما لا يخفى على من لاحظ هذه النصوص.

و كذا

خبر عمار(۳)«الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إن أوصى به كله فهو جائز»

- الواجب حمله بعد معارضته بالمتواتر من النصوص على إراده الثلث من ماله، أو على إراده الجواز الموقوف على إجازه الورثه أو على إراده التنجيز من قوله «أوصى»، فيكون من أدله القائلين بكون المنجزات من الأصل، أو على غير ذلك.

لكن عن الشيخ و الصدوق حمله على من لا وارث له، و مقتضاه نفوذ الوصيه بجميع المال مع

عدم الوارث غير الامام، و هو مخالف أيضا لإطلاق النصوص (۴)و معاقد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱۶.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٩.

٤- ۴ الوسائل الباب- ١١.

الإجماعات و غيرهما.

و

خبر السكونى (۱)عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أنه سئل عن الرجل يموت و لا وارث له و لا عصبه؟ فقال: يوصى بماله حيث شاء فى المسلمين و المساكين و ابن السبيل»

مع قصوره عن المقاومه و احتماله الثلث من ماله- يمكن أن يكون ذلك إذنا منه عليه السلام لأن الإرث إليه.

و أما

خبر محمد بن أحمد بن عيسى (۲)«قال: كتب إليه محمد بن إسحاق المتطبب و بعد أطال الله بقاك نعلمك يا سيدنا أنا فى شبهه من هذه الوصيه التى أوصى بها محمد بن يحيى بن رئاب و ذلك أن موالى سيدنا و عبيده الصالحين ذكروا أنه ليس للميت أن يوصى إذا كان له ولد بأكثر من ثلث ماله، و قد أوصى محمد بن يحيى بأكثر من النصف مما خلف من تركته، فإن رأى سيدنا و مولانا أطال الله بقاه أن يفتح غياهب هذه الظلمه التى شكونا و يفسر ذلك لنا نعمل عليه إنشاء الله. فأجاب (عليه السلام) إن كان

أوصى بها من قبل أن يكون له ولد فجائز وصيته، و ذلك أن ولده ولد من بعده»

فهو غير موافق لهما أيضا، فلا بد من طرحه أو تأويله، لكن فى الوسائل أنه قد عمل به الشيخ و الصدوق بظاهره و لا ريب فى ضعفه.

نعم لا تنفذ الوصيه بالزائد ما لم يجز الورثه فإن أجازوا بعد الموت نفذت بلا خلاف و لا اشكال نصا و فتوى، بل الإجماع بقسميه، عليه، فلا جهه للإشكال فيه بأنه كالإجازه للفضولى من تجدد له الملك بعده، مع وضوح الفرق بينهما، بأن التصرف هنا فيما بعد الموت الذى هو وقت الانتقال إلى المجيز، بخلافه فى الفرض الذى يتوجه فيه الإشكال فى الإجازه على تقدير الكشف بأنه لا وجه له من حين العقد، لكون المفروض تجدد الملك للمجيز، فلا يملك المعقود له قبل ملك المجيز، و لا من حين تجدد الملك للزوم إلغاء السبب فيما قبله.

و كيف كان فلا إشكال فيما نحن فيه بعد ما عرفت. إنما البحث فى الإجازه قبل الموت، و المشهور نقلا إن لم يكن تحصيلا خصوصا بين المتأخرين أنها كالإجازه بعد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۲.

الموت فی عدم جواز الرجوع بها، بل نسب إلی عامتهم، بل عن الطوسی الإجماع علیه للنصوص المستفیضه التی منها

صحیحا ابنی مسلم (۱)و حازم (۲)«فی رجل أوصی بوصیه و ورثته شهود فأجازوا ذلک، فلما مات الرجل نقضوا الوصیه، هل لهم أن یردوا ما أقروا به؟ قال: لیس لهم ذلک، و الوصیه جائزه»

و إطلاقهما کغیرهما من معقد الإجماع و غیره عدم الفرق بین الصحیح و المریض فی ذلک، خلافا للمحکی عن المفید و الدیلمی و الحلی فجوزوا الرجوع بها، بل ظاهر تعلیلهم أنه لا أثر لها أصلا، فضلا عن جواز الرجوع بها، لعدم حق للورثه حال الحیاه حتی یکون إسقاطه مجدیا، فهو کإسقاط المرأه صداقها قبل التزویج و الشفیع قبل البیع، و لأنه لو جازت إجازتهم لجاز رد هم بحیث لا یلزمون لو أجازوا بعد الموت، و التالی باطل، فالمقدم مثله، و فیهما- بعد التسلیم- أنه اجتهاد فی مقابله النص، و قیاس لا نقول به، بل مع الفارق کما هو واضح.

و لو أجاز البعض نفذ فی حصته و یعتبر فی المجیز جواز التصرف، فلا عبره بإجازه الصبی و المجنون، أما المفلس فقد یتجه نفوذ إجازته حال الحیاه، إذ لا ملک له حینئذ و إنما إجازته تنفیذ لتصرف الموصی، و أما بعد الموت ففی صحتها وجهان مبنیان علی أن الترکه هل تنتقل إلی الوارث بالموت، و بالإجازه تنتقل عنه إلی الموصی له، أم تکون الإجازه کاشفه عن سبق ملکه من حین الموت، فعلی الأول لا تنفذ، لتعلق حق الغرماء بالترکه قبل الإجازه، و علی الثانی احتمل الأمران، و لعل الأقوی منهما النفوذ، خصوصا علی ما هو الظاهر من الفتاوی، من کون ذلک

تنفیذا من الوارث لتصرف الموصی، لا أنه یکون هو المتصرف علی معنی أنه هو الواهب و المعتق و الواقف مثلا، و إن احتمله بعضهم، لکن لا ریب فی ضعفه، سیما فی حال الحیاه بل و الموت ضروره اقتضاء الإجازه منه لفعل الموصی، عدم الدخول فی ملکه بالموت، کما هو مقتضی الوصیه التی هی سبب لذلک مع الإجازه، و کذا الکلام فی المنجزات إذا زادت عن الثلث، بناء علی أنها کالوصیه فی الخروج منه، و هذا حدیث إجمالی ذکرناه تبعا لذکر المصنف حکم الوصیه للمریض توطئه لذکر منجزاته، إذ لا فرق بین المریض

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۱.

و الصحیح فی حکم الوصیه، و إنما الفرق بینهما فی المنجزات عند جماعه، و هو الذی أشار إلیه المصنف بقوله:

و فی منعه من التبرعات المنجزه الزائده عن الثلث خلاف بیننا فخیره الکلینی، و الصدوق، و الشیخین، و السیدین، و القاضی، و ابنی إدریس و البراج، و سعید، و الآبی، و الأردبیلی، و الخراسانی، و الحر العاملی، و الطباطبائی و صاحب الریاض، علی ما حکی عن بعضهم عدم المنع، و أنها من الأصل کالصحیح، بل عن کشف الرموز نسبته إلی الأکثر، و فی الریاض أنه المشهور بین القدماء ظاهرا بل لعله لا شبهه فیه، بل فی هبه الانتصار، و الغنیه الإجماع علیه، للأصل بمعنییه، و قاعده التسلط و

حسن- أبی شعیب (۱)المحاملی- بإبراهیم- عن أبی عبد الله (علیه السلام) «الإنسان أحق بماله ما دامت الروح فی بدنه»

و موثق الساباطی (۲)عنه أیضا «المیت أحق بماله ما دام فیه الروح یبین به، فإن قال: بعدی فلیس له إلا الثلث»

و موثقه الآخر «الرجل أحق بماله ما دام فیه الروح إذا أوصی به کله فهو جائز»

و خبره الثالث (۳): عنه أیضا «صاحب المال أحق بماله ما دام فیه شی ء من الروح یضعه حیث شاء»

و موثقه الرابع (۴)عنه أیضا «قال له: المیت أحق بماله ما دام فیه الروح یبین به؟ قال:

نعم، فإن أوصی به فلیس له إلا الثلث»

و موثقه الخامس (۵)عنه أیضا فی الرجل یجعل ماله لرجل فی مرضه فقال: «إذا أبانه جاز»

و خبر سماعه(۶)قال له أیضا «الرجل له الولد یسعه أن یجعل ماله لقریبه؟ قال: هو ماله یصنع به ما شاء إلی أن یأتیه الموت»

و نحوه

خبر أبی بصیر(۷)و زاد «أن لصاحب المال أن یعمل بماله ما شاء ما دام حیا ان شاء وهبه و إن شاء تصدق به، و إن شاء ترکه إلی أن

یأتیه الموت، فإن أوصی به فلیس له إلا الثلث، إلا أن الفضل فی أن لا یضیع من یعوله، و لا یضر بورثته.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۱۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۹.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۷.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۱۰.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۲.

و

مرسل مرازم (۱)عنه أیضا «فی الرجل یعطی الشی ء من ماله فی مرضه قال: إن أبان به فهو جائز، و إن أوصی به فهو من الثلث».

و مرسل الکلینی (۲)«عن النبی (صلی الله علیه و آله) أنه عاب رجلا من الأنصار أعتق ممالیکه لم یکن له غیرهم، فقال ترک صبیه صغارا یتکففون الناس»

بل رواه

الصدوق مسندا(۳)، إلی جعفر بن محمد علیهما السلام و فیه «فأعتقهم عند موته»

و الضعف فیه سندا أو دلاله منجبر بما عرفت، مضافا إلی کونها مخالفه للمحکی عن جمیع العامه التی جعل الله الرشد فی خلافها، و إلی تأییدها بالسیره المستمره علی عدم امتناع المریض أیام مرضه عن تبرعاته مع زیادتها عن الثلث، و علی عدم ضبطها بطومار و نحوه، و علی المنع الغیر له، و لا الضبط علیه.

لکن و مع ذلک کله ف الوجه المنع من التبرع بالزائد فلا ینفذ علی الورثه إلا مع إجازتهم، وفاقا للفاضل و الشهیدین و الکرکی و المحکی

عن الصدوق و أبی علی و الشیخ فی المبسوط، و غیرهم، بل نسبه غیر واحد إلی عامه المتأخرین بل فی المسالک نسبته إلی الأکثر و سائر المتأخرین بل ربما حکی عن الشیخ فی باب العتق ما یقتضی أنه المعروف بیننا.

و فی المفاتیح أن الاخبار به أکثر و أشهر، و فی جامع المقاصد قد دلت علیه صحاح الاخبار، و فی موضع آخر منه أن النصوص به متواتره، و هو کالإجماع المنقول فی الحجیه، خصوصا بعد شهاده التتبع له.

إذ

فی خبر أبی حمزه(۴)«عن أحدهما علیهما السلام أن الله تبارک و تعالی یقول یا بن آدم تطولت علیک بثلاث سترت علیک ما لو یعلم به أهلک ما واروک، و أوسعت علیک فاستقرضت منک علیک فلم تقدم خیرا، و جعلت لک نظره عند موتک فی ثلثک فلم تقدم خیرا.»

و صحیح (۵)یعقوب بن شعیب «سألت أبا عبد الله (علیه السلام) الرجل یموت ما له من ماله؟

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۹ و ذيله.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- فى ذيل الحديث ۲.

فقال: له ثلث ماله».

و نحوه خبر أبی بصیر(۱)

و خبر عبد الله بن سنان (۲)«عن الصادق (علیه السلام) للرجل عند موته ثلث ماله، و إن لم یوص فلیس علی الورثه إمضاؤه».

و صحیح علی بن یقطین (۳)«سألت أبا الحسن (علیه السلام) ما للرجل من ماله عند موته قال: الثلث و الثلث کثیر».

و ذیل

خبر العلاء(۴)عن الصادق (علیه السلام) الذی تسمعه فی مسأله الإقرار الوارد فی الامرأه التی أودعت عند رجل مالا قال فیه: «إنما لها من مالها ثلثه»

بل فی غیره نحو ذلک أیضا.

و

خبر علی بن عقبه(۵)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «فی رجل حضره الموت فأعتق مملوکا له لیس له غیره، فأبی الورثه أن یجیزوا ذلک کیف القضاء منه قال: ما یعتق منه إلا ثلثه، و سائر ذلک الورثه أحق بذلک، و لهم ما بقی»

و نحوه خبر عقبه بن خالد(۶).

و

خبر أبی بصیر(۷)عن الصادق (علیه السلام) «إن أعتق رجل عند موته خادما له، ثم أوصی بوصیه أخری ألغیت الوصیه، و أعتقت الجاریه من ثلثه، إلا أن یفضل من ثلثه ما یبلغ الوصیه».

و خبر أبی ولاد(۸)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون لامرأته علیه الدین فتبرءه منه فی مرضها؟ قال: بل تهبه له فتجوز هبتها له و یحسب ذلک من ثلثها إن کانت ترکت شیئا».

و نحوه خبر سماعه(۹)و

خبر جراح المدائنی (۱۰)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن عطیه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۷.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۸.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۴.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱۳.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۶.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱۱.

۹- ۹ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱۶.

۱۰- ۱۰ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱۴.

الوالد لولده ببينه؟ قال: إذا أعطاه فی صحته جاز».

و خبر سماعه(۱)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن عطیه الوالد لولده؟ فقال أما إذا کان صحیحا فهو ماله یصنع به ما شاء، فأما فی مرضه فلا یصلح».

و صحیح الحلبی (۲)«سئل أبو عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یکون لامرأته علیه الصداق أو بعضه فتبرؤه منه فی مرضها؟ فقال: لا».

و خبر السکونی (۳)عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام «أن رجلا أعتق عبد الله عند موته لم یکن له مال غیره؟ قال: سمعت رسول الله (صلی

الله علیه و آله) یقول یستسعی فی ثلثی قیمته للورثه».

بل و

خبره الآخر(۴)عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام أیضا «أنه کان یرد النحله فی الوصیه و ما أقر به عند موته، بلا ثبت و لا بینه رده»

بناء علی أن المراد منه رد العطیه إلی الوصیه فی الخروج من الثلث، بل لعل الظاهر منه و المرسل فی جامع المقاصد و غیره المریض محجور علیه إلا فی ثلثه، و الخبر العامی (۵)المروی فی المسالک عن صحاح الجمهور بل قال: إنه أجود ما فی الباب متنا و سندا، و من ادعی خلاف ذلک فالسیره ترد دعواه، و علیها اقتصر

ابن الجنید فی کتابه الأحمدی «و هو أن رجلا من الأنصار أعتق سته أعبد له فی مرضه، و لا مال له غیرهم، فاستدعاهم رسول الله (صلی الله علیه و آله) و جزاهم ثلاثه أجزاء و أقرع بینهم، فأعتق اثنین، و أرق أربعه».

و خبر إسماعیل بن همام (۶)عن أبی الحسن (علیه السلام) «فی رجل أوصی عند موته بمال لذوی قرابته، و أعتق مملوکا، و کان جمیع ما أوصی به یزید علی الثلث کیف یصنع به فی وصیته؟ قال: یبدأ بالعتق فینفذه»

ضروره ظهور قوله «یبدء» فی إراده الإنفاذ من الثلث، و منه یعلم اراده ما یشمل المنجز من الوصیه، و إلا فلا وجه لتقدیم العتق لو

۱- ۱ المصدر نفسه.

۲- ۲ المصدر نفسه.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶۴- من أبواب العتق الحدیث- ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۶ من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱۲.

۵- ۵ المستدرک ج- ۲- ص ۵۲۱ عن عوالی اللئالی سنن النسائی باب الجنائز ج- ۴- ص ۵۲. طبع مصطفی البابی الحلبی و أولاده بمصر.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۶۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۲- ۳.

فرض کونه وصیه، بل ینبغی تقدیم المتقدم منهما.

بـل منه یظهر حینئـذ أن إطلاق «أخری» فی خبر أبی بصـیر(۱)المتقدم سابقا باعتبار سـبق التنجیز الذی یطلق علیه الوصـیه بشهاده الخبر المزبور الموافق له فی المضـمون، و صـحیح ابن الحجـاج (۲)الا-تی، لا ـ أن المراد من أعتق فیه أوصـی فلا یکون دالا علی المطلوب.

کما أن منه یظهر الاستدلال ب

صحیح محمد بن مسلم (۳)«سألت أبا عبد الله علیه السـلام عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصی بوصیه و کان أکثر من الثلث؟ قال: یمضی عتق الغلام و یکون النقصان فی ما بقی»

إذ الظاهر إراده کون مجموع التنجیز و الوصـیه أکثر من الثلث، فأجابه (علیه السـلام) بمضـی العتق، و أن النقصان الذی فی الثلث یکون فی الوصیه، کما هو واضح.

بل منه یعلم الاستدلال ب

حسنه (۴)عنه أیضا «فی رجل أوصی بأکثر من ثلثه، و أعتق مملوکه فی مرضه فقال: إن کان

أکثر من الثلث، یرد إلی الثلث، و جاز العتق»

إذ الظاهر اراده جوازه منه لا من الأصل، إذ حمل الواو فیه علی الاستیناف خلاف الأصل فیها، فیکون المجموع حینئـذ هو جواب الشـرط کما هو الظاهر خصوصا بعد ملاحظه أن کلامهم علیهم السـلام جمیعا بمنزله کلام واحد، یفسـر بعضه بعضا، و خصوصا مع تقارب السؤال و الجواب فی هذه النصوص، و اتحاد الراوی فی الخبرین، فمن الغریب استدلال بعضهم بهما علی الأول، حتی ادعی صـراحه الثـانی منهما، و أنه غیر قابل للتأویل، مع أنه لو أغضـینا النظر عما ذکرنا، لم یکن فیه دلاله علی الجواز من الأصـل کما هو واضح.

و

موثق الحسن بن الجهم (۵)«سمعت أبا الحسن (علیه السلام) یقول فی رجل أعتق مملوکا

۱- ۱ المصدر نفسه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۹- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶۷- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶۷- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۴.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۳۹- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۴- ۵ مع اختلاف.

و قد حضره الموت و اشهد له بذلک و قیمته ستمأه و علیه دین ثلاثمائه درهم، و لم یترک شیئا غیره قال: یعتق منه سدسه، لأنه إنما له منه ثلاثمائه درهم و یقضی عنه ثلاثمائه درهم، و له من الثلاثمأه درهم ثلثها، و له السدس من الجمیع»

الذی یشهد بصحته.

صحیح عبد الرحمن بن الحجاج (۱)بل هو فیه دلاله علی المطلوب أیضا و غیره فلا بأس بنقله علی طوله «قال: سألنی أبو عبد الله علیه السلام یختلف ابن أبی لیلی و ابن شبرمه؟ فقلت: بلغنی أنه مات مولی لعیسی بن موسی فترک علیه دینا کثیرا و ترک ممالیک یحیط دینه بأثمانهم، فأعتقهم عند الموت فسألهما عیسی بن موسی عن ذلک، فقال ابن شبرمه أری أن تستسعیهم فی قیمتهم، فتدفعها إلی الغرماء فإنه قد أعتقهم عند موته، و قال ابن أبی لیلی: أری أن أبیعهم و أدفع أثمانهم إلی الغرماء، فإنه لیس له أن یعتقهم عند موته، و علیه دین یحیط بهم، و هذا أهل الحجاز الیوم یعتق الرجل عبده و علیه دین کثیر فلا یجیزون عتقه إذا کان علیه دین کثیر، فرفع ابن شبرمه یده إلی السماء و قال: سبحان الله یا ابن ابی لیلی متی قلت بهذا القول؟ و الله ما قلته إلا طلب خلافی.

فقال أبو عبد الله علیه السلام: فعن رأی أیهما صدر؟ قال: قلت بلغنی أنه أخذ برأی ابن أبی لیلی و کان له فی ذلک هوی، فباعهم و قضی دینه، فقال: فمع أیهما من قبلکم؟ فقلت: مع ابن شبرمه، و رجع ابن أبی لیلی إلی رأی ابن شبرمه بعد ذلک.

فقال: أما و الله إن الحق لفی الذی قال ابن أبی لیلی، و إن کان قد رجع عنه، فقلت له:

هذا ینکسر عندهم فی القیاس، فقال: هات قایسنی قلت: أنا أقایسک فقال: لتقولن بأشد ما تدخل فیه من القیاس، فقلت له: رجل ترک عبدا لم یترک مالا غیره، و قیمه العبد ستمأه

درهم، و دینه خمسمائه درهم، فأعتقه عند الموت کیف یصنع؟ قال: یباع العبد فیأخذ الغرماء خمس مأه درهم و یأخذ الورثه مأه درهم، فقلت: أ لیس قد بقی من قیمه العبد مأه درهم عن دینه؟ فقال: بلی قلت: أ لیس للرجل ثلثه یصنع به ما شاء قال:

بلی، قلت: أ لیس قد أوصی للعبد بالثلث من المأه حین أعتقه؟ قال: إن العبد لا وصیه له، إنما ماله لموالیه، فقلت له: فإن کان قیمه العبد ستمأه درهم، و دینه أربع مأه

۱- ۱ المصدر نفسه.

درهم فقال: كذلك يباع العبد، فيأخذ الغرماء أربعمائه درهم و يأخذ الورثه مأتين و لا يكون للعبد شى ء.

قلت: فإن قيمه العبد ستمأه درهم و دينه ثلاثمائه درهم، فضحك عليه السلام فقال: من هنا أتى أصحابك جعلوا الأشياء شيئا واحدا، و لم يعلموا السنه إذا استوى مال الغرماء و مال الورثه، أو كان مال الورثه أكثر من مال الغرماء، لم يتهم الرجل على وصيته، و أجيزت وصيته على وجهها، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء، و يكون ثلثه للورثه و يكون له السدس».

إذ ذيله صريح فى نفوذ العتق المنجز فى الثلث، لا- الأصل، و إلا- كان نصفه حرا، و احتمال أنه فى الوصيه، لا المنجز المقطوع بفساده، أو كالمقطوع كما اعترف به فى الرياض، خصوصا بعد ملاحظه كلام الأصحاب فى حكم مضمونه فإنه صريح فى إراده التنجيز منه أو الأعم منه و من الوصيه، بل جزم الشهيد الثانى بالأول، و إن خالفه فيه فى الرياض، و مال منه إلى تعديه الحكم المزبور إلى الوصيه وفاقا للمحكى عن الشيخ، و هو لا يخلو من وجه، و أولى منه التعديه إلى غير العتق من المنجزات كالهبه و الوقف و نحوهما.

و على كل حال فهو ظاهر الدلاله على المطلوب، بل صدر المقايسه فيه واضح الدلاله على معلوميه أن ليس له فى التنجيز، إلا الثلث، كوضوح إرادته عليه السلام من قوله أخيرا «وصيته» التنجيز بشهاده المحكى من عمل كثير من الأصحاب به فيه، حتى بعض القائلين بأن المنجزات من الأصل، كالمفيد، و القاضى، و الشيخ، و ما فى المسالك من أن أكثر المتأخرين ردوه لمخالفته القواعد المقرره- حسن لو قصرت الروايه عن الصحه، أو لم يجز تخصيص العمومات القطعيه بالآحاد، لكنه خلاف التحقيق، خصوصا بعد تعدد الصحاح و صراحتها، و ترجيح الأصول بالشهره فرع ثبوتها، ففى الرياض لم أتحققها، و لا وقفت على متصد لنقلها عداه، و إنما حكى الخلاف عن العلامه خاصه، و لم أقف على من تبعه غيره، و بعض ممن سبقه.

نعم رده ابن إدريس و أنفذ العتق من الأصل، و أسقط الدين من رأس، و لا ريب

فی ضعفه، بل هو اجتهاد فی مقابل النص، و أصحابه الموافقون له فی کون المنجزات من الأصل لا ـ یوافقونه فیما إذا زاحم التنجیز الدین، بل یخصونه بالنسبه إلی الورثه، و إلا کانوا محجوجین بهذا الصحیح و غیره، بل لعل مقابلته بالقول بالخروج من الثلث المعلوم کون المراد منه بعد خروج الدین تشهد بعدم المزاحمه المزبوره.

و علی کل حال فلا ریب فی دلاله الصحیح المزبور علی المطلوب، بل منه ینقدح الاستدلال ب

صحیح جمیل (۱)أیضا المروی فی الکافی عن أبی عبد الله علیه السلام «فی رجل أعتق مملوکه عند موته، و علیه دین فقال: إن کان قیمته مثل الذی علیه و مثله جاز عتقه، و إلا لم یجز»

، و یحتمل تثنیه مثل الثانیه کما عن نسخه من الفقیه، و حینئذ یکون الواو فیه بمعنی أو فیوافق الصحیح المزبور، و عن الکلینی أنه رواه عن جمیل عن زراره فیمکن أن یکون خبرا آخر.

و علی کل حال فهو دال علی المطلوب بعد اراده الجواز فیه علی النحو المذکور فی خبری ابنی الجهم و الحجاج کما هو واضح.

و

فی دعائم الإسلام (۲)«و قد جاء عن جعفر بن محمد علیه السلام أنه قال فی العطیه للوارث و الهبه فی المرض الذی یموت فیه المعطی و الواهب: إنها غیر جائزه»

و فی محکی الهدایه «و سئل أی الصادق علیه السلام عن رجل حضره الموت فأعتق مملوکا له لیس له غیره فأبی الورثه أن یجیزوا لک قال: ما یعتق منه إلا ثلثه».

و قد ظهر ذلک من ذلک کله أنه لا غرابه فی دعوی تواتر النصوص به خصوصا إذا أرید منها القطع به منها، لا التواتر المصطلح، فإنه غیر عزیز، بل لعل الغرابه من عدمه، کما لا یخفی علی من لاحظها و غیرها مما دل علی عدم الإضرار بالوارث الذی هو الحکمه أو العله فی حجر الوصیه علیه بالزائد، و لاحظ نصوص الإقرار(۳)الآتیه التی بعضها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۹ من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۶.

۲- ۲ دعائم الإسلام ج ۲ ص ۳۵۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحکام الوصایا.

یظهر منه معلومیه انحصار الأمر علی المریض لو أراد حرمان الوارث، و أنه لا طریق له إلا الإقرار الذی ستعرف علاج الشارع له بالتهمه و عدمها، و غیرها من النصوص (۱)التی فی بعضها ما یظهر منها مرجوحیه ذلک فی حال الصحه.

بل فی سؤال هذا البعض دلاله واضحه علی معلومیه الفرق بین حالی الصحه و المرض بالنسبه إلی النفوذ من الأصل و عدمه، و غیر ذلک خصوصا اختلال حکمه حصر الوصیه فی الثلث، ضروره التجاء کل من یرید حرمان الورثه حینئذ أو بعضهم عند حضور موته إلی التنجیز.

و أغرب شی ء حمل هذه النصوص الکثیره علی التقیه التی مع عدم قابلیه البعض لها یمکن

القطع بعدمها فی مثل هذه النصوص التی رواتها من البطانه، بل لا- یخفی علی من مارس أخبارهم علیهم السلام أن عادتهم الإشاره فی نصوص التقیه إلیها، بذکر لفظ الناس و نحوه، بل قد یقطع بعدمه فی خصوص المقام، إذ لو کان الحکم مخالفا للعامه عندنا لکان فی جمله من النصوص إشاره إلی الإنکار علیهم، و إلی بیان بطلان ما هم علیه، و مخالفتهم الکتاب أو السنه، کما هی عادتهم، بل لکان ذلک معروفا بین أصحابهم نحو غیرها من المسائل العظیمه العامه، إلی غیر ذلک مما یعلم به عدم خروج النصوص مخرج التقیه.

و أغرب من ذلک، ما فی المسالک- فإنه بعد ما أورد منها صحیحی ابن یقطین، و شعیب، و أخبار ابن عقبه، و أبی أولاد، و الحسن بن الجهم، و الخبر العامی دلیلا للثلث، ناقش فیها بأنه لا دلاله فی الصحیحین اللذین هما العمده علی المطلوب الذی هو قبل الموت، بل صحیح یعقوب منهما صریح فیما بعد الموت، کما أن الخبر الثانی باعتبار کون «عند» من ظروف المکان المقتضیه للمصاحبه دلالته علی الوصیه، أقوی، بل یمکن ذلک فی خبر ابن عقبه، إذ حضور الموت مانع من مباشره العتق فیراد منه حینئذ الوصیه و تکون النسبه إلیه باعتبار أنه السبب الأقوی فی الوصیه، علی أنه فی العتق خاصه، و کذا الکلام فی خبر ابن الجهم، أما خبر أبی ولاد فاشتماله علی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۲- من أبواب الصدقه و الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الوصایا.

ما يخالف المجمع عليه من صحه الإبراء دون الهبه يمنع من الاستدلال به، مضافا إلى اشتراك الجميع فى ضعف السند عدا الصحيحين».

إذ هى كما ترى، ضروره كون المراد من الصحيحين: بقرينه غير هما مما ذكرنا و ما لم نذكره الاشراف على الموت، و دعوى صراحه صحيح يعقوب فيما بعد الموت واضحه الفساد، إذ ليس للميت بعد الموت شى ء إذا لم يوص به، بل لا ريب فى كون المراد منه خصوصا بعد كونه كمذاق غيره مما لا يقبل ذلك مجاز المشارفه الذى كشف عنه باقى النصوص بلفظ عند، و حضر، و أتاه الموت و نحوه، كما هو واضح بأدنى تأمل.

و منه يعلم فساد المناقشه فى خبرى ابن الجهم و على بن عقبه، و أما خبر ابن أبى ولاد المعتضد بغيره مما عرفت فلا يقدح فى الاستدلال به على المطلوب اشتماله على غيره مما لا نقول به، خصوصا بعد منع بطلان هبه ما فى الذمه التى مرجعها إلى الإبراء، بل قد يقال: بكون المراد منه الترقى إلى جواز الهبه، على معنى أنه لو وهبته شيئا جاز و يحسب من الثلث، فضلا عن الإبراء الذى هو أولى بالجواز.

و بالجمله من أحاط خبرا بما ذكرناه من النصوص و تدبرها و تدبر اعتضاد بعضها ببعض، يقطع بفساد هذه المناقشه، كما أنه يقطع بفسادها من حيث السند، إذ لا تبين أعظم من هذا الاعتضاد، و عمل من عرفت بها، على أن فيها الصحيح، و الموثق، و الحسن، بل قد عرفت استغنائها عن النظر فى أسانيدها ببلوغها درجه القطع، كما لا يخفى على من أعطاه الله قوه حدس فى كلماتهم عليهم السلام.

و أخرف شى ء قوله «إن أجود ما فى هذا الباب الخبر العامى سندا و دلاله، و من ادعى خلاف ذلك فالسيره ترده» إذ قد عرفت مما ذكرنا أن غيره من النصوص أوضح، كما هو ظاهر كل ذلك، مضافا إلى ما فى نصوص الأصل من قله العدد و قصور السند و اتحاد الراوى فى كثير منها، و كونها مطلقه قابله للتقييد بغيرها، إذ ليس فى حسن المحاملى و ما كان نحوه (۱)صراحه فى شمول الأحقيه للتنجيز، فيمكن حملها على غيره، بل محتمل لإراده الثلث خصوصا إذا قرء بفتح اللام و لوحظ ما دل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۸- ۳- ۷- و غيره.

من النصوص على أن الذى له عند الموت- الثلث- بل قد يعين ذلک

قوله فى موثق عمار(۱)«إذا أوصى به كله فهو جائز»

إذ لم يقل أحد بنفوذ الوصيه من الأصل عدا ما سمعته من على بن بابويه، و احتمال إراده خصوص التنجيز منها- لا الوصيه شرعا، و لا الأعم منها و من التنجيز- لا شاهد له، و ليس بأولى من الاحتمال الذى ذكرنا، بل منه يعلم المراد من باقى نصوص عمار المتقاربه فى المذاق مع اتحاد الراوى فيها، و الموجود فى نسخه الأصل فى الوسائل و الوافى، عن الكافى «فإن تعدى فليس له إلا الثلث» و معناه أنه

إن تجاوز و تعدى فى الوصيه بالزائد أو التنجيز فلا يمضى منه الا الثلث.

و ظنى و الله أعلم أن الروايه كذلک، إلا أنه لما صعب فهم ذلک على بعض الناس صحفها بلفظ بعد بالباء الموحده ثم أضاف إليها لفظ قال، على أن اختلاف النسخ يسقط الخبر عن الحجيه إذ لم يعلم الخبر منهما، و روايه الشيخ له «فإن أوصى» عن الكافى، بعد ذلک الاختلاف فى النسخ- غير مجد.

و مع الإغضاء عن ذلک كله فهو مطلق مقيد بالنصوص السابقه كغيره من نصوص عمار حتى الرابع منها، فإن الإبانه أعم من التبرع، بل و الخامس الذى لم يعلم المرض فيه أنه مما يخرج به التنجيز من الثلث أو الأصل، لما ستعرف من أنه ليس كل مرض يقضى بالتنجيز من الثلث مع إجمال لفظ الإبانه فيه و فى غيره، و إن قيل إن المراد منها انفصاله عنه و تسليمه له، إلا أنه كما ترى خصوصا بعد معلوميه عدم اشتراط ذلک، فإن الهبه مشاعا مع الإقباض لا بأس بها أيضا، بل يمكن كون المراد من الإبانه الإظهار على وجه يحصل العلم بعدم رد الورثه بإجازتهم، و رضا هم فتأمل.

و أما خبر سماعه فيمكن أن يكون المراد من إتيان الموت فيه ما تضمنه نصوص الثلث،(۲)من حضور الموت و إتيانه و عند موته و نحوها، فلا يكون حينئذ منافيا.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحكام الوصايا.

على أنه عام يخص بالنصوص السابقه و كذا

خبر أبى بصير،(۱)و قوله فيه «فان أوصى»

-الى آخره- غير مناف، لإمكان إراده بيان أن الوصيه على كل حال تخرج من الثلث، بخلاف غيرها، فإنه يخرج من الأصل قبل إتيان الموت.

و مرسل مرازم (۲)محتمل لبعض ما ذكرنا، مع أن كشف الحال فيه و فى غيره أن نقول إن المستفاد من نصوص الثلث- بعد ملاحظه الجمع بين مطلقها و مقيدها خصوصا مفهوم خبر أبى بصير القاضى بعدم خروج العتق من الثلث إذا لم يكن عند الموت، و ملاحظه أصاله خروج التصرف من الأصل- عدم العبره بمطلق المرض الذى منه ما يستمر السنون المتعدده المقطوع بالسيره القطعيه عدم خروج منجزاته فيه من الثلث قبل بلوغه ما يتحقق به صدق حضور الموت و إتيانه و نحوهما، و كذا المرض الذى هو كعدم المرض عرفا، و إن اتفق مقارنه الموت له بحيث لا يظهر كونه به.

و إنما المدار على المرض الذى يصدق عليه عرفا أنه حضره الموت و أتاه و نحو- ذلك، و إن بقى أياما بل و أكثر من ذلك، فإنه ليس له حد جامع لافراده إلا أن العرف واف بتنقيح كثير من مصاديقه كغيره من الأمور التى ترجع اليه، و مع الشك فالأصل الخروج من الأصل، كما أنه هو الأصل فى غير المرض، و إن خيف به الموت أو ظن أو علم كالغرق و المراماه و نحوها، بل قيل: و الطلق.

و كيف كان فما فى القواعد- و غيرها من أنه مطلق المرض الذى يتفق الموت معه، سواء كان مخوفا أو لا- لا تساعد عليه الأدله، خصوصا ما يظهر من إطلاقه من اتفاق الموت معه، و لو بغيره كقتل و نحوه، اللهم إلا أن يقطع بعدم ارادته ما يشمل ذلك.

بل و كذا ما يحكى عن الشيخ من أن المدار فيه على المرض المخوف، و اختاره فى جامع المقاصد، حتى أنهم احتاجوا إلى معرفه كونه مخوفا، و ذكروا فيه أنه لا بد من شهاده عدلين من الأطباء الذين هم أهل الخبره فى ذلك، بل فى جامع المقاصد «أنه لو حصل الظن القوى بصدق قول من لم يكن عدلا منهم أو كان واحدا ففى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۶.

الحكم إشكال» ثم حكى عن التذكره الجزم بعدم قبول رجل و امرأتين أو شاهد و يمين و احتمال قبول النساء إذا كان المتبرع امرأه و لم يطلع عليها غير النساء، إلى غير ذلك مما فرعوه على ذلك، و أطنبوا فيه فى باب الوصايه، و تعرضوا لكثير من الأمراض و أحوالها، إذ لا يخفى عليك أنه ليس فى شى ء من النصوص تعليق الحكم على المخوف كى يتجه له هذا البحث عنه، بل من الواضح ظهور النصوص فى دوران الحكم على حال لا يحتاج تحققها عرفا إلى أمثال ذلك، لكونها من الواضحات كما هو ظاهر عند كل من تدبرها، فلا ريب فى أن الأقوى ما ذكرناه.

و منه يعلم أن مرسل مرازم و غيره غير مناف لنصوص الثلث، ضروره كونه مطلقا بالنسبه إلى ذلك فيقيد بها، كما أنه و غيره أيضا مطلق بالنسبه إلى العطيه، فيقيد أيضا إذ التحقيق أن محل البحث التبرع بالمال، و لو المنفعه و الدين على وجه يضر بالوارث، بل و حق التحجير و حريم الملك، كما صرح به فى جامع المقاصد من دون قصد عوض دنيوى، و لو حفظ عرضه، أو حفظ ماله، أو نفسه أو من يعول به، أو نحو ذلك.

بل لعل الصدقه المندوبه المراد منها السلامه منه، ضروره عدم التعليق على مطلق التنجيز فى شى ء من نصوص الثلث، بل لا أثر لهذا اللفظ فى مطلق النصوص، و إنما الموجود منها عتق و إبراء و عطيه و نحو ذلك، مما لا شمول له، و ليس المراد من نصوص- أن ليس له إلا ثلثه- سوى بيان أن الثلث هو الذى له التصرف فيه بكل حال، بوصيه و تنجيز و غيرهما، بخلاف غيره، فإنه ليس بهذا الحال، و كذا مرسل جامع المقاصد الذى لم نعثر عليه فى كتب الاخبار.

فمن الغريب ما فى المسالك من الركون إليه هنا حتى احتاجوا إلى تنقيح دلالته بدعوى أن المعرف للعموم مطلقا أو فى خصوص نحو المقام، مع أن فى المسالك لم يذكره فى أدله الثلث و على كل حال فهو مقيد أيضا بما عرفت من المفهوم المؤيد بإشعار غيره، و حينئذ فكل ما لم يحصل إجماع على عدم الفرق بينه و بين ما تضمنته النصوص السابقه نحو ما يبذله على نفسه و عياله و لو لزياده الرفاهيه من أكل و تزويج و غيرهما

و ان لم يكن من عادته بعد أن يكون بثمن المثل، و على حفظ عرضه أو مصانعه ظالم أو إكرام ضيف أو غير ذلک، يبقى على أصل الخروج من الأصل المؤيد هنا بالسيره المستمره، و الحرج و غيرهما.

و به يعرف ما فى الذى ذكره أخيرا القائلون بالأصل كما أن منه يعرف ما فى تحديد الفاضل فى القواعد للتبرع المبحوث عنه من أنه إزاله الملک عن عين مملوكه يجرى الإرث فيها من غير لزوم و لا أخذ عوض يماثلها، إذ بعد وجوب تنزيل المثل فيه على المكافى- ليخرج التزويج بثمن المثل بل يمكن أن يريد به ما قلناه، فيسلم من بعض ما ذكرنا.

فيه أولا ـ الاقتصار على العين، مع أن فى جامع المقاصد عد العاريه من التبرعات و إن كان لا يخلو من اشكال أو منع، كايراده عليه بأنه صادق على الإزاله بالإتلاف، مع انها ليست من التبرعات.

و ثانيا أنه لا يتصور فائده لقوله يجرى فيها الإرث، بعد ظهور المقام فى إراده الملک للمزيل، إذ لا يتصور ازاله الملک عن عين مملوكه لا يجرى فيها الإرث، و يعد تبرعا كما اعترف به فى جامع المقاصد، قال: «إذ ما لا يجرى فيه الإرث من الأموال الوقف، فإزاله الملک فيه انما تكون بالإتلاف، و ليس مما نحن فيه».

و ثالثا يرد على قوله من غير لزوم ازاله الملک اللازمه بالنذر، فإن فيه من الثلث على ما جزم به المحقق الثانى، و لو قيل الإزاله هنا بالنذر و ليس إيقاعه لازما قلنا بل الإزاله فى مثل ما لو نذر عينا مخصوصه تكون بالدفع، على أن النذر بالكلى لا إزاله ملک عين فيه، فيرد على التعريف حينئذ من وجه آخر، و احتمال أنه من الأصل حينئذ كما لو أتلف مال غيره مثلا عمدا يدفعه- مضافا إلى أنه خلاف الفرض وضوح الفرق بينه و بين الإتلاف المنتحل إلى المعاوضه بعد إيجاد سببه، فليس من التبرع فى شى ء قطعا.

و كيف كان فالضابط فيه ما ذكرنا، و لعل يرجع إليه ما فى المسالک «من أنها ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض، بناء على إراده ما يشمل ما قدمناه

من العوض و المال.

و على كل حال لا يدخل فيه تزويج المرأه نفسها و لو بأقل من مهر المثل، و لا انعتاق الأب قهرا إذا قبل اتهابه فى المرض، و لا إجاره نفسه بأقل من ثمن المثل، و إن قلنا بكون المحاباه فى غيره من التبرعات، إلى غير ذلك مما هو غير داخل فى الأدله، و لا إجماع على الحاقه فيبقى على الأصل، و هذا حديث إجمالى قضت الحاجه بإتيانه هنا لبيان عدم صراحه هذه النصوص، و انها مطلقه قابله للتقييد، و إن اشتملت على العطيه و نحوها.

و أما خبر الأنصارى (۱)الذى عابه رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقد عرفت أنه ليس فيما رواه فى الكافى «عند موته» فهو مطلق حينئذ، و إنما رواه كذلك فى الفقيه، و يمكن أن تكون الاعابه على الثلث أيضا، لمعلوميه استحباب الوصيه بالأقل من الربع و الخمس، حتى ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام (۲)ما يقتضى مساواه الإضرار فى الورثه بذلك للسرقه، خصوصا مع كون المفروض فى الخبر أنه ليس له غيرهم، و أنه ترك صبيه صغارا يتكففون الناس و من هنا

قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) «لو حضرته ما تركتكم تدفنونه فى مقبره المسلمين».

فقد بان لك بحمد الله و فضله أنه لا مجال للقول بالأصل، و أنه لا ينبغى للفقيه أن يعدو القول بالثلث، و استبعاده بأنه لو برء المريض من ذلك المرض صح من الأصل إجماعا يدفعه أنه لا مانع من التزام الكشف به، حينئذ كالفضولى، و أظرف شى ء ما وقع لفاضل الرياض فى المقام، حيث ذكر أنه فى زمنه السابق قد صنف رساله فى المسأله قد اختار فيها الخروج من الثلث، ثم اعتذر من ذلك بأنه قد كان فى غفله من إجماعى المرتضى و ابن زهره، فرجع عنه، و لم يعلم أنهما بعد إعراض المتأخرين عنهما-،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۹- فروع الكافى ج ۲ ص ۲۳۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

بل لم يثبت كون شهره المتقدمين عليهما، إذ بعض من نسب إليه ذلك كابن حمزه قد تحققنا

خلافه في وسيلته، و بعضهم له قولان في المسأله، و آخر لا صراحه في كلامه كالكليني، فإنه إنما عنون الباب بلفظ نصوص عمار التي قد عرفت عدم صراحتها في المطلوب، بل قد سمعت أن الشيخ ربما حكى عنه ما يقضي بأن المعروف بين الأصحاب في ذلك الزمان القول بالثلث- لا يقاومان ما سمعته من الأدله، خصوصا بعد احتمال أو ظن أو قطع كون المراد منهما الإجماع على قاعده التسلط على المال، لا خصوص ما نحن فيه، كما أشار إليه ابن إدريس في استدلاله على الأصل، بأنه لا خلاف في أن للإنسان التصرف في ماله كيف شاء، و حينئذ فمرجعه إلى العام المخصوص، أو المطلق المقيد بما عرفت مما قدمناه كله.

مضافا إلى نصوص الإقرار المتضمنه لنفوذه من الثلث مع التهمه، و بدونها من الأصل، و لو لا تعلق حق الوارث في الجمله بحيث لا يمضي الإقرار عليه، لم يكن وجه للنفوذ من الثلث، و لا ينافيه النفوذ من الأصل مع عدم التهمه، إذ لعله تعلق لا يمنع من الإقرار مع عدم التهمه، فإن تعلق الحقوق بالنسبه إلى ذلك مختلف، إذ قد عرفت عدم منع تعلق حق الغرماء من الإقرار بالدين السابق في المفلس عند المصنف و غيره.

و على كل حال فلا ينكر ظهور هذه النصوص في تعلق حق للورثه في الجمله بالتركه حال المرض، و هو لا يتم إلا على ما ذكرنا. نعم هي مختلفه جدا، و الجمع بينها بالتفصيل المزبور المنسوب إلى الأكثر.

ف

في خبر منصور بن حازم (۱)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه دينا، فقال: إن كان الميت مرضيا فأعطه الذي أوصى له»

و نحوه خبر أبي أيوب (۲)عنه أيضا.

و

في خبر العلاء بياع السابري (۳)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه استودعت رجلا مالا، فلما حضرتها الموت، قالت له: إن المال الذي دفعته إليك لفلانه و ماتت

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۸.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۲.

المرأه فأتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنه كان لصاحبتنا مال، و لا نراه إلا عندك فاحلف لنا ما لها قبلك شی ء أ فيحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونه عنده فليحلف لهم، و إن كانت متهمه فلا يحلف و يضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه»

و فی خبر أبی بصير(۱)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل معه مال مضاربه فمات و عليه دين و أوصى أن هذا الذی ترک لأهل المضاربه، أ يجوز ذلک؟ قال: نعم إذا كان مصدقا»

إلى غير ذلک، و الظاهر اراده معنى واحد من المرضى و المأمون و المصدق، بل إليه يرجع الملی

فی صحيح الحلبی (۲)قلت لأبی عبد الله (عليه السلام) «الرجل يقر لوارث بدين؟

فقال: يجوز إذا كان مليا»

و خبره الآخر(۳)«أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أقر لوارث بدين فی مرضه أ يجوز ذلک؟ قال: نعم إذا كان مليا»

بناء على ما فی الصحاح من أنه ملؤ الرجل صار مليا أی ثقه، أو على أن الملاءه طريق لرفع التهمه، خصوصا، إذا رجع الضمير فی «كان» إلى الوارث، و لعل الأول أولى ليوافق النصوص السابقه.

و التی يرجع إليها أيضا.

مكاتبه محمد بن عبد الجبار(۴)إلى العسكری (عليه السلام) «عن امرأه أوصت إلى رجل و أقرت له بدين ثمانيه آلاف درهم، و كذلک ما كان لها من متاع البيت من صوف و شعر و شبه و صفر و نحاس، و كل مالها أقرت به للموصى له، و أشهدت على وصيتها، و أوصت أن يحج عنها من هذه التركه حجتان، و تعطى مولاه لها أربع مأه درهم، و ماتت المرأه و تركت زوجا، فلم ندر كيف الخروج من هذا، و اشتبه علينا الأمر، و ذكر الكاتب أن المرأه استشارته فسألته أن يكتب لها ما يصح لهذا الوصی، فقال لها:

لا تصح تركتک لهذا الوصی إلا بإقرارک له بدين يحيط بتركتک بشهاده الشهود، و تأمريه بعد أن ينفذ ما توصيه به، فكتبت له بالوصيه على هذا، و أقرت للوصی بهذا الدين، فرأيک أدام الله عزک فی مسأله الفقهاء قبلک عن هذا، و تعرفنا ذلک لنعمل به إنشاء الله، فكتب (عليه السلام) بخطه إن كان الدين صحيحا معروفا مفهوما فيخرج الدين

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱۰.

من رأس المال إنشاء الله، و إن لم يكن الدين حقا أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها، كفى أو لم يكف»

فـان الظاهر رجوع ذلك إلى الاتهام باخبار الكاتب و غيره، و من هنا علق الأمر (عليه السـلام) على معروفيه الـدين و مفهوميته، و كونه حقا.

كما أن مرجع غير ذلك من النصوص المطلقه إلى التقييد المزبور، ك

خبر إسماعيل بن جابر(۱)«سألت أبا عبـد الله (عليه السـلام) عن رجل أقر لوارث له و هو مريض بدين له عليه؟ قال: يجوز إذا أقر به دون الثلث»

و خبر سماعه(۲)«سألته عمن أقر لوارث له بدين عليه و هو مريض؟ قال: يجوز عليه ما أقر به إذا كان قليلا».

و خبر أبي ولاد(۳)«سألت أبا عبـد الله عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه؟ قال: يجوز ذلك، قلت: فإن أوصـى لوارث بشي ء؟ قال: جائز».

و خبر القاسم بن سليمان (۴)«سألت أبا عبد الله (عليه السـلام) عن رجل اعترف لوارث له بدين في مرضه؟ فقال: لا تجوز وصـيه لوارث و لا اعتراف له بدين»،

و خبر السكوني (۵)المتقدم سابقا و

خبره الآخر(۶)قال أمير المؤمنين (عليه السـلام) «في رجل أقر عنـد موته لفلان و فلان لأحـدهما عنـدي ألف درهم ثم مات على تلك الحال، أيهما أقام البينه فله المال، فإن لم يقم واحد منهما البينه فالمال بينهما نصفان».

و خبر سعد بن سعد(۷)عن الرضا (عليه السلام) «قال سألته عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا إلى رجل من التجار فقال له: إن هذا المال لفلان بن فلان ليس لي فيه قليل و لا كثير، فادفعه إليه يصرفه حيث شاء، فمات و لم يأمر فيه صاحبه الذي

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۳.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۹.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۴.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱۲.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱۲.
۶- ۶ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.
۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۶.

جعله له بالأمر، و لا يدرى صاحبه ما الذى حمله على ذلك كيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء».

إلى غير ذلك مما يجب حمله على التقييد المزبور فى النصوص السابقه، و منه يعلم ضعف جميع الأقوال فى المسأله المستلزم كل منها أو أكثرها طرح أكثر النصوص أو بعضها.

فمنها: القول بأنه من الأصل مطلقا كما هو المشهور بين القائلين بأن المنجزات منه، لا من الثلث، لعموم

«إقرار العقلاء»

، لاقتضاء الحكمه قبول إقراره، و الا بقيت ذمته مشغوله فى بعض الأحوال، و صاحب المال ممنوعا عن حقه.

و منها أنه إن كان عدلا مضى من الأصل، و إلا فمن الثلث، و كان مستنده إرجاع تلك الأوصاف فى النصوص المزبوره إلى العداله و فيه أنه لا شاهد عليه، و لا تنافى بين العداله و التهمه المفروضه فى كلام كثير من الأصحاب من القرائن الحاليه أو المقاليه كما لا تنافى بين الفسق و عدمها كما هو واضح.

و منها: التفصيل بين الأجنبى و الوارث، فالإقرار للأول من الأصل مطلقا، و الثانى كذلك مع عدم التهمه، و معها من الثلث، و هو المحكى عن أبى حمزه، و فيه طرح للنصوص المقيده بالأجنبى أو المطلقه.

و منها: ما فى النافع من أن الإقرار للوارث من الثلث مطلقا و للأجنبى مع التهمه، و بدونها من الأصل، و فيه طرح للنصوص المقيده فى الوارث.

و منها: ما عن المفيد من أنه إن كان بدين مضى من الأصل، و إن كان بعين و كان عليه دين يحيط بجميع التركه قبل إقراره إن كان عدلا مأمونا، و إن كان متهما لم يقبل إقراره، و فيه طرح لبعض النصوص السابقه.

و منها: ما عن التقى من عدم الفرق بين الصحيح و المريض فى مضى الإقرار إن كان مأمونا، و عدمه إن كان غير مأمون و هو غريب، إذ لا خلاف فى مضى إقرار الصحيح من الأصل مطلقا.

و منها: ما عن النهایه و القاضی من اشتراط العداله و انتفاء التهمه فی المضی من الأصل، و اشتراط انتفائهما معا فی المضی من الثلث، قال الأول: «إقرار المریض جائز علی نفسه للأجنبی و الوارث إذا کان مرضیا موثوقا بعدالته، فإن کان غیر موثوق به، و کان متهما فإن لم یکن مع المقر له بینه أعطی من الثلث» و یمکن إرجاعه إلی المشهور، إن لم یکن الظاهر، فتکون الأقوال سته، لا سبعه، و ربما عدت عشره و الأمر سهل بعد أن عرفت أن الأصح منها الأول الذی یجتمع علیه جمیع النصوص.

لکن أشکله بعضهم بأنه لیس فی شی ء منها الدلاله علی النفوذ من الثلث مع التهمه، و إنما تدل علی عدم النفوذ مطلقا بالمفهوم.

و فیه أن خبر العلاء و خبر إسماعیل بن جابر ظاهران فی ذلک، بل لعله هو مقتضی المفهوم بعد الإجماع علی عدم جریانه، لئلا یلزم اتحاده مع المنطوق حینئذ.

نعم قد یشکل بأن المتجه إخراج ثلث ما أقر به من الدین من ثلثه، و الإمضاء فی ثلث العین المقر بها من دون غرامه قیمه الباقی من ثلثه، لأن الدین بعد الموت یتعلق بمجموع الترکه، و لذا لو أقر الوارث نفذ فی حصته بالبینه، و لأن تعلق حق الورثه یمنع من نفوذ الإقرار فی الزائد علی الثلث، فلا تقصیر منه یوجب الضمان للمالک کما أنه لا مقتضی لغرامته للوارث من ثلثه لو أخذها المقر له بالإقرار.

و یدفع أیضا فی الدین بظهور الفتاوی و بعض النصوص کخبر إسماعیل بن جابر، بل لعله المنساق من جمیعها فی خروج ما أقر به منه من الثلث، و لعله للفرق بینه و بین إقرار الوارث الذی حصل له سبب ملک حصته، و هو الموت، و الدین إنما یمنع عنها بالنسبه، بخلاف إقرار المیت المقتضی لشغل ذمته و التأدیه من ماله الذی لم یعارضه فیه غیره بتعلق حق و نحوه.

و فی العین بأن مقتضی عموم الإقرار و کون المال فی یده دفعها إلی المقر له، لأنه المخاطب بذلک، و لا إثم علیه فی الواقع، و لکن فی الظاهر منعه الشارع عما یقتضی إضرار الورثه من التصرفات التی لم تکن مستحقه علیه التی منها ما نحن فیه، إذ

إقراره لم يثبت به سبق الاستحقاق على وجه ينفذ على غيره.

فالجمع حينئذ بين الحقوق جميعها يكون بتدارک ضرر الورثه بدفع قيمه ما فات عليهم من ثلثه، فلو لم يكن له ثلث كان للورثه منع المقر له من أخذها، و كذا الكلام فى المنجزات، بل لعل الإقرار بعد عدم ثبوت السبق به منها، و إن لم يكن إنشاء، إذ هو سبب فى الحكم بإزاله الملک فى العين، و شغل الذمه بالنسبه إلى الدين، كالنذر فى أيام المرض، بناء على أنه من الثلث.

و منه ينقدح حينئذ احتمال التفصيل بالتهمه و عدمها فى سائر المنجزات، على معنى أنه إن كان قد اتهم بقصد الإضرار بالورثه بالتنجيز، و الفرار من الإرث كان ذلک من ثلثه، و إلا فمن الأصل، و به حينئذ يجمع بين النصوص السابقه، و ربما كان فى ذيل صحيح عبد الرحمن الطويل إيماء فى الجمله إليه، لكن ظاهر الأصحاب خلاف ذلک، بل يمكن دعوى الإجماع على عدم وجود اعتبار التهمه و عدمها فى المنجزات، و لعله لعدم اشعار النصوص السابقه على كثرتها بذلک.

بل قد يقال بمنع كون الإقرار من المنجزات التى قد تقدم الخلاف فيها، ضروره تضمن تلک النصوص للعتق و الهبه و نحوهما، مما لا يشمل الإقرار، و لا منقح، فالذى تقتضيه الضوابط كونه من الأصل مطلقا، لكن أخرجت عنها صوره التهمه، لا أن مقتضاها الخروج من الثلث باعتبار تعلق حق الورثه، و خرجنا عنها فى صوره المأمونيه بالنصوص، إذ الظاهر من النص و الفتوى عدم تعلق حق للوارث فى العين حال الحياه.

و من ذلک يظهر لک الحال فى حكم الواسطه أى الذى لم يعلم كونه مأمونا و عدمه، و فيما لو ادعاها الوارث على المقر له، فإن القول قول المقر له مع يمينه على عدم العلم بالتهمه، لا على العلم بعدمها، لأنه يمين على نفى فعل الغير، و يكفى حينئذ فى الحكم للمقر له بالحق مجرد الإقرار مع عدم ظهور المانع من صحته، و إن لم يعلم صحه السبب، كما جزم به فى المسالک، بل و يظهر أيضا فيما لو أقر بمنجز و لم يسنده إلى ما قبل المرض، لكن فى جامع المقاصد أنه لا يبعد جعله من الثلث،

و إن لم يكن تهمه، لأن الإقرار إنما يقتضى اللزوم قبيل زمان الإقرار بمقدار ما يمكن إنشاؤه، و مقتضاه حينئذ سقوط حق المقر له مع عدم وفاء الثلث، و فيه نظر.

و على كل حال فإقراره يلزم به فى الظاهر لو برء، سواء كان متهما أو غير متهم، للعموم، و احتمال أنه كالوصيه فى عدم اللزوم إذا كان متهما و قلنا بالخروج من الثلث كما ترى، و تمام الكلام فى هذه المسائل كلها فى محلها إنشاء الله و انما اقتضت الضروره لذكره هذه النبذه منها على الاجمال.

كما أنها اقتضت البحث فى حال تركه الميت مع الدين، إذ هى من المال المحجور على مالكه التصرف فيه، بناء على انتقالها إلى الوارث، و أن الدين متعلق بها تعلق الرهانه، و لكن تحقيق الحال فيها أن الإجماع بقسميه على تعلق الديون بها فى الجمله، و على عدم انتقالها إلى الديان، كما أن الإجماع بقسميه أيضا على انتقالها إلى الوارث مع عدم الدين و الوصيه، بل حكاه بعضهم أيضا على انتقال الفاضل عن الدين مع عدم الوصيه، و على انتقال الزائد عن الثلث إليهم معها و إن أوصى به.

إنما الكلام فى انتقالها أجمع إلى الوارث مع الاستيعاب، و فى انتقال المقابل للدين منها مع عدمه، فخيره الحلى، و المصنف، و الفاضل- فى الإرشاد، و الشهيد، و محكى المقنع، و النهايه، و المبسوط، فى أحد النقلين و الخلاف و النهايه، و فقه الراوندى، قيل و مال إليه الفخر و والده فى وصايا المختلف، أو قالا- به- الثانى، و أنه باق على حكم مال الميت، بل فى المسالك و المفاتيح نسبته إلى الأكثر.

بل فى وصايا السرائر «إذا كان على الميت دين يحيط بالتركه، فإنها بلا خلاف بيننا لا تدخل فى ملك الغرماء، و لا ملك الورثه، و الميت قد انقطع ملكه و زال، فينبغى أن تكون موقوفه على انقضاء الدين.

و فى دينها «ان أصول مذهبنا تقتضى أن الورثه لا يستحقون شيئا من التركه دون قضاء جميع الديون، و لا يسوغ و لا يحل لهم التصرف فى التركه دون القضاء إذا كانت بقدر الدين، لقوله تعالى «(۱)مِنْ بَعْدِ وَصِيَّهٍ يُوصِى بِها أَوْ دَيْنٍ » فشرط صحه

۱- ۱ سوره النساء الآیه- ۱۲.

المیراث و انتقاله أن یکون ما یفضل عن الدین، فلا یملک الوارث الا بعد قضاء الدین» الی آخره للآیه الظاهره فی أن ملک السهام بعد الدین، لظهور اللام فی الملک لا استقراره.

و ل

صحیح عباد بن صهیب أو موثقه (۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «فی رجل فرط فی إخراج زکاته فی حیاته، فلما حضره الوفاه حسب جمیع ما فرط فیه مما یلزمه من الزکاه، ثم أوصی به أن یخرج ذلک فیدفع إلی من یجب له قال: جائز یخرج ذلک من جمیع المال، إنما هو بمنزله دین لو کان علیه، لیس للورثه شی ء حتی یؤدوا ما أوصی به من الزکاه»

و صحیح سلیمان بن خالد(۲)عنه (علیه السلام) أیضا «قضی أمیر المؤمنین فی دیه المقتول أنه یرثها الورثه علی کتاب الله، و سهامهم إذا لم یکن علی المقتول دین».

و السیره المستمره علی تبعیه النماء للترکه فی وفاء الدین و هو مستلزم لبقائها علی حکم مال المیت لا ـ الورثه خلافا لقواعد الفاضل و

جامع المقاصد و المبسوط فی النقل الأخر و التحریر، و التذکره، و قضاء المختلف، و حجر الإیضاح، و وصایاه، و حواشی الشهید، و قضاء المسالک و مواریثه، و مواریث کشف اللثام، فاختاروا الأول، بل ربما استظهر من بعضهم أنه المشهور، و من التذکره الإجماع علیه، حیث قال: الحق عندنا أن الترکه تنتقل إلی الوارث، لمعلومیه عدم بقاء المال بلا مالک، کمعلومیه عدم کونه فی المقام للغرماء للإجماع بقسمیه و غیره، بل و المیت ضروره کون الملک صفه وجودیه لا تقوم بالمعدوم، کالمملوکیه و لذا لم یدخل فی ملکه جدیدا إذ لا فرق بین الابتداء و الاستدامه و قضاء الدین من دیته، و مما یقع فی شبکته بعد موته أعم من ملکیته لذلک، فتعین کونه للوارث، و لأنها لو لم تنتقل إلیهم لما شارک ابن الابن مثلا عمه لو مات أبوه بعد جده، و حصل الإبراء من الدین، و التالی باطل إجماعا، و لان الحالف مع الشاهد إنما هو الوارث المخاصم فی مال المیت، فلو لا الانتقال لساوی الغریم فی عدم إثبات مال الغیر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱-.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب موانع الإرث الحدیث- ۱.

بیمینه، و تعلق الحق لو سلم لا یسوغ ذلک، و لأنه لا خلاف فی أن الورثه أحق بأعیان الترکه من غیرهم، بل الإجماع بقسمیه علیه، و من هنا حکی عن بعضهم أن النزاع فی القیمه لا فی نفس الأعیان» و فی کل من الدلیلین نظر، أما الآیه فالمراد منها بعد الإجماع علی ملک الوارث للثلثین مع الوصیه بالثلث و الإجماع المحکی الذی یشهد له التتبع علی ملکه الزائد علی مقابل الدین بیان کون تقدیر السهام بعد الوصیه و الدین دفعا لتخیل کون الثلث مثلا من أصل المال، فلا تعرض فیها حینئذ لمالک ما یقابل الوصیه و الدین أنه المیت أو الوارث، ضروره عدم منافاه المعنی المزبور لکل منهما، إذ مرجعه إلی نحو النصوص (۱)الوارده فی بیان الحال فی ترکه المیت، من إخراج الکفن أولا و الدین ثانیا، و الوصیه ثالثا و السهام رابعا، و إن لم یکن فیها بیان تمام ذلک، فالتقدیر حینئذ هذه السهام من بعد الوصیه و الدین، لا أن المراد منها تعلیق الملک بعد الوصیه و الدین، لمنافاته حینئذ الإجماع المزبور، سواء أرید بعد إیصال الوصیه و الدین إلی أهلها، أو بعد عزلهما و تعیینهما.

و احتمال کون المراد منها تعلیق جواز التصرف فی الملک، أو استقراره مع بعده غیر نافع للخصم، بل هو ضار له، کتقدیر سعه المال بمعنی أن هذه السهام من أصل المال لأهلها مع سعه المال للوصیه و الدین، و إن وجب علیهم حینئذ التأدیه منها، فتبقی السهام حینئذ علی ما هو المنساق منها، من کونها من أصل المال، خصوصا مع قوله تعالی (۲)«مِمَّا تَرَکْتُمْ» و یکون مورد الآیه حینئذ و المقصود منها بیان حکم الترکه الزائده، و کذا تقدیر العزل و الأداء.

و علی کل حال ما ذکرناه أولی من الجمیع، بل هو المقطوع به بعد التأمل الجید، و ربما

یرجع إلیه بعض ما سمعت، و منه یظهر لک ما فی الذی أطنب فیه الأردبیلی و تبعه علیه غیره، بل منه یظهر لک ما فی کلام کثیر من الأصحاب فلاحظ و تأمل.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب أحکام الوصایا.

۲- ۲ سوره النساء الآیه- ۱۲.

و أما احتمال كون المراد «من بعد» فيها الكنايه عن ملك الزائد على الوصيه و الدين، فهو- مع انه لا يساعد عليه اللفظ كمال المساعده- غير مجد للخصم، ضروره كون أقصاه بيان حكم الزائد لا غيره، و اشعار التقييد حينئذ بعدم ملكه لغيره يدفعه احتمال كون ثمره التقييد حينئذ بيان أنه الملك المجدى للوارث النافع له، بخلاف غيره الذى يزول عنه بأدائه للوصيه و الدين، بل لعل ذلك أولى من الأول الذى لا قرينه على تعيينه.

و مما ذكرنا يظهر لك النظر فى الاستدلال بصحيح عباد(۱)المعلوم عدم سوقه لبيان ذلك، و أنه لا معنى لإراده نفى الملك منه بعد الإجماع المزبور، و تخصيصه بمقابل الوصيه و الدين مناف لظاهره، إذ لا يرجع لفظ حتى فيه إلى معنى محصل، ضروره أنه يكون معناه ليس لهم ذلك حتى يؤدوه و حمله على خصوص التأديه من غير التركه كما ترى فلا بد من حمله حينئذ على جواز التصرف أو استقرار الملك أو غير ذلك، و كذا صحيح سليمان(۲).

و أما السيره فقد يمنع تحققها على وجه يجدى، و لو سلم فهى أعم من الكون على حكم

ملك الميت، إذ يمكن كونه ملك الوارث، و مع ذلك يجب دفعه فى الدين لها كالأصل، كما هو واضح.

و أما أدله القول الثانى ففى أولها أنه لا مانع عقلا و لا شرعا فى بقاء المال على حكم ملك الميت، بل لا بد من التزامه فى مثل الوصيه بالثلث للعباده و نحوها، و التزامه فيمن لم يكن له وارث إلا مملوك يشترى فيعتق حتى يرث، و التزام كونه للورثه فى الأول- و يجب عليهم تأديته فى تلك المصارف كما فى جامع المقاصد- لا داعى له، و لا دليل عليه، مع أنه لا يتم فى مثل الثانى، و دعوى الإجماع على عدم بقاء المال بلا مالك بحيث لا يكفى هذا الحكم من الملك واضحه المنع.

و ما أبعد ما بين ذلك و بين القول بأنه يملك جديدا حقيقه كما عن ثانى الشهيدين

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب موانع الإرث الحديث- ۱.

و الفخر، ناسبا له إلى بعض، بـل قيل: إنه ربما أراد به المصـنف فى باب القصاص، فيما إذ شـهد به الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال، محتجا بوفاء الدين من ديته الحاصله بعد موته، و مما يقع فى شبكته.

و فيه أنه أعم من صـفه الملـك حقيقه، و لعله لاـ يريـدها بـل يريـد مـا يرجـع إلى حكم الملـك، ضـروره معلـوميه زوال الملك بالموت، و قد سمعت نفى الخلاف فيه، من الحلى و الأمر سهل فى ذلك حيث لا ثمره معتده بها فيه.

و شـركه ابن الابن عمه أعم من الـدعوى، إذ لعله لإرثه الاسـتحقاق الـذى كان لأبيه، فإنه لا إشـكال فى اسـتحقاق الوارث المال المقابل للـدين لو اتفق ارتفاعه بإبراء و نحوه، و إن قلنا بكونه على حكم مال الميت حاله، و لذا كانت الخصومه فى أموال الميت له، بل قـد عرفت أنه الـذى يحلف مع الشاهـد، و لعله لهـذا الاسـتحقاق الـذى كان الدين مانعا عنه جاز يمينه عليه، و إن لم يكن ملكـا له بالفعـل، ضـروره كونه ليس كغيره من الحقوق التى لم تجز اليمين لإثبـات المـال معها، كحق الرهانه و غرماء المفلس و نحوهم، و المسلم من أحقيه الوارث عدم مزاحمه الغير له لو أراد العين بثمنها، و هذا أعم من الملكيه.

و منه يعلم أن دعوى النزاع فى القيمه لا العين لذلك فى غير محلها، بل كلمات الأصحاب صريحه فى خلافه، كما لا يخفى على الملاحظ لها فتأمل جيدا. فإنه قد بان لك من ذلك كله النظر فى الحجتين.

لكن لاـ ريب فى ان الأقوى القول الثانى لا لما ذكروه، بل لأنه بعـد ما عرفت من عـدم دلاله الآيه و الروايه على البقاء على حكم مال الميت، لم يكن معارضا لما دل على أن جميع تركه الميت لوارثه بموته من العمومات و غيرها، ك

قوله (عليه السلام)(۱)تركه الميت لورثته»

و غيره و وجوب الوفاء غير قادح.

نعم فى الوصيه بالثلث بما يرجع إلى الميت لا يبعد البقاء على حكم ماله، للنصوص الداله

على أن له مع الوصيه من ماله ثلثه، و تعذر الملك حقيقه يعين إراده بقاء حكم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ۳- و غيرها.

الملـک، فهی فی الحقیقه مخصـصه لتلـک النصوص، إذ هو أقرب من احتمـال الجمع بینها بإراده حصول النفع للمیت، فلا ینافی ملـک الورثه لهـا کمـا هو مقتضـی العموم الأـول و إن وجب علیهم صـرفها فیمـا أوصـی به، کما لا یخفی علی من لاحظها فإنها ظاهره کمال الظهور فی عدم ملک الوارث لها.

و بذلک افترقت الوصـیه عن الدین، فإنه لیس فیما عثرنا علیه من الأدله ما یدل علی نحو ذلک، الا ما عرفت النظر فیه، مضافا إلی اقتضـاء القول ببقـاء مقابل الـدین علی حکم مال المیت و ملک الوارث الزائـد تجشـما و تکلفا، إذ هو إن رجع إلی الإشاعه علی معنی أنه لـو فرض مقـابله النصف وقت الوفـاه کـان المـال بین المیت و الورثه نصـفین، و اتجه التوزیع لو أنفق نقصـان السـعر أو التلف، لاـ اختصاص الوارث و عود المال إلی ملک المیت کما هو المعروف بین الأصـحاب، و إن لم یرجع إلی الإشاعه اقتضـی ملکا للکلی فی غیر الـذمه، و قـد عرفت أن التحقیق احتیاجه إلی الدلیل فی باب بیع الصاع من الصبره و لا دافع لذلک إلا التزامه للدلیل، کما سـمعته فی خبر الأطنان (۱)أو التزام الأول و التخلص مما سـمعته بـدعوی المراعاه فی الملک لا العود من الوارث، و الکل تجشم.

و لعله مثله لازم فی الوصـیه لو کان قد أوصـی بکلی من ثلثه کألف و نحوه، فإنه لا ینقص ما دام فی الثلث سـعه، و لا یرجع إلی حصه معینه منه بحیث لو نقص أصـل المـال بسـعر أو تلف دخلهـا النقص علی تلـک النسـبه. لکن الجمیع کمـا تری لاـ یخلو من اشکال.

أما الـدین فلا یرد فیه شـی ء من ذلک، بناء علی المختار من کون الجمیع ملک الورثه، و ربما نلتزم مثله فی نحو هـذه الوصـیه و إن اخترنـا کونهـا علی حکم مـال المیت لو أوصـی بـالحصه المشـاعه علی الوجه الـذی عرفت، فتأمـل جیـدا فـإنه قل من تعرض للوصیه و الذی تعرض لها جعل حکمها حکم الدین اغترارا بظاهر الآیه، و قد عرفت تحقیق الحال فی ذلک.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب عقد البیع و شروطه الحدیث- ۱.

و كيف كان فقـد ظهر لك مما ذكرنا حكم ما لو لم يكن الـدين مستغرقا إذ على ما قلناه لا فرق بينهما فى الانتقال إلى الوارث، أما على القول الأول فقد صرح بعضـهم بأن حكم المقابل حكم المستوعب فى البقاء على ملك الميت، و أما الفاضل فهو ملك الورثه و قـد سـمعت حكـايه بعضـهم الإجمـاع عليه، و من الغريب مـا عن الفاضل فى إرث القواعـد من أن التركه مع الاستيعاب للورثه، و أما إذا لم يكن مستوعبا فما قابل الدين على حكم مال الميت، و لم يحضرنا الآن ما يشهد له من آيه أو روايه أو اعتبار.

و الأـمر سـهل بعـد وضوح الحال لـديك، كوضوح الثمرات المترتبه على هـذا الخلاف التى منها: أنه لا إشـكال فى تعلق الـدين بالنمـاء بنـاء على بقائهـا على حكم مال الميت، أما على الانتقال إلى الوارث، فالمتجه عـدمه، للأصل، و دعوى تبعيه النماء للمال فى التعلق أيضا ممنوعه، و قد سمعت فى باب الرهن منعها، على أنك ستعرف أن التعلق هنا ليس كتعلق الرهن.

فنقول: إن تعلق الـدين بـالتركه هـل هو تعلق رهن حتى لا يجوز للورثه التصـرف كما هو المشـهور نقلا إن لم يكن تحصـيلا، أو أرش جنـايه فيجوز كمـا عن السـيد الرضـى، بـل هو ظـاهر قواعـد الفاضـل فى باب الرهن، أو تعلقا مسـتقلا؟ كما هو خيره جامع المقاصـد، و المحكى عـن الفخر، و الظـاهر أن هـذا البحث يـأتى على القـولين، إلاـ أن ثمرته فى المسـتوعب على الأـول نـادره، ضروره عدم جواز تصرف الوارث بعد أن لم يكن مالكا على كل حال.

نعم قـد تظهر ثمرته فى الوصـى باعتبار تصـرفه فى التركه لقضاء الـدين، فإنه لا يجوز على الأول من دون إذنهم كالرهن، و على الثانى يجوز كالثالث فى احتمال، و لو قيل:

بـأن الكـل متفقون على جواز التصـرف للـدين من دون إذن الغرمـاء، و إنمـا مراد القائـل بتعلق الرهانه بالنسـبه إلى نفوذ تصـرف الوارث، سقطت الثمره من هذه الجهه.

و كيف كان فالتحقيق أنه تعلق مسـتقل لا يدخل فى أحد التعلقين، ضـروره خروجه عن موضوعهما، فلا يشـمله دليلهما، و الشـبه بكل منهما من جهه يقتضى خروجه عنهما، و كثره وجه الشبه بأحدهما لا تقتضى لحوق أحكامه، و لعل مراد الأصحاب فى

هذا الخلاف أن الدليل و لو الأصل يقتضى كون التعلق تعلق الرهانه فى الاحكام و الأرش و إلا فمعلوم خروجه عن موضوعها، و ان الشبه فى الجمله لا يثبت جميع الاحكام.

و على كل حال فقد جزم المحقق الثانى، و الفخر، و الشهيد فى المحكى عنهما، بخروجه عنهما نعم قال الأول: يحتمل المنع من التصرف بالعتق بالبيع و نحوهما، لمنافاته حكمه التعلق لاقتضاء نفوذ التصرف ضياع الدين، و لصيروره العين به كالمال المشترك، و يحتمل العدم، للأصل، بل الأصول، و لا منافاه بعد ثبوت التسلط الذى الحق على الفسخ إن لم يدفع له، ففى الصحه حينئذ جمع بين الحقين، و تحتم الأداء على الوارث حكمه التعلق. كما أن سلطنه الغريم على الفسخ تنفى الضياع، و من هنا قال: «التحقيق أن القول بالنفوذ أقوى» قلت: هو كذلك، لكن لا ثمره ظاهره غالبا حينئذ بينه و بين القول بتعلقه تعلق الأرش.

و على كل حال فهل يشترط فى تعلق الدين بمجموعه التركه استغراق الدين إياها أو أزيد فلو كان أنقص لم يتعلق إلا بقدره، لأن الحجر إنما وقع لأجل الدين فيختص بقدره أم لا يشترط لأنه لا أولويه لبعض على بعض فى اختصاص التعلق به- لأن الأداء لا يقطع بكونه بذلك البعض، لجواز التلف، و لظاهر الآيه(۱)بناء على أنها لتعلق الملك، أو جواز التصرف، و صحيح عباد المتقدم (۲)بل و صحيح سليمان (۳)و لأن الميت لما خرج بالموت عن صلاحيه استقرار الدين فى ذمته، وجب أن يتعلق بكل ما يمكن اداؤه من أمواله لأن حدوث تعلقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم انتفاؤه- اشكال «أقربه الأول» فى القواعد و المحكى عن حواشى الشهيد و جامع الشرائع، المسالك، و الكفايه، «و الأصح الثانى» فى جامع المقاصد، و هو المحكى عن ميراث لقواعد و حجر الإيضاح و رهنه و إرث الدروس و إيضاح النافع، و ظاهر المبسوط و قد يؤيد الأول- مضافا إلى السيره و إلى استبعاد الحجر على مال كثير بدين يسير، بل لا يخلو من

۱- ۱ سوره النساء الآيه- ۱۲-.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱-.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب موانع الإرث الحديث- ۱-.

ضرر و حرج-

الحسن أو الصحيح (۱)«أنه سئل عن رجل يموت و يترك عيالا و عليه دين أ ينفق عليهم من ماله؟ قال: إن استيقن أن الذى عليه يحيط بجميع المال، فلا ينفق عليهم، و إن لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال،

و نحوه خبر عبد الرحمن بن الحجاج (۲)عن أبی الحسن (علیه السلام) إذ هما و إن كانا فی التصرف الاتلافی الذی يمكن أن يمنعه أيضا القائل بتعلق الأرش أو التعلق المستقل، و إن

جوز غيره مما ليس فيه إتلاف للعين، لكن دال على غيره بطريق أولى، من إمكان المناقشه فی أدله الثانی بأنه لا أولويه بعد أن كان التعلق بالمقابل الكلی، و الآيه قد عرفت المراد منها، و الصحيح كما أنه محتمل لتعليق جواز التصرف، محتمل لاستقرار الملك، و أولى منه بذلك صحيح سليمان، و لا حدوث للتعلق بعد تلف المعزول له، بل هو انكشاف لكون التعلق بالذى تصرف فيه الوارث.

و منه يظهر الوجه فی تسلط الغريم على الفسخ لو فرض تصرف الوارث و لم يؤد الدين و ضمانه لو كان قد أتلفه، و احتمال عدم جواز الفسخ للإذن فی التصرف الذی وقع حال عدم تعلق الدين فی غايه الضعف، كتعليله، فبان لك حينئذ من ذلك كله قوه القول بالتفصيل بين المستوعب و غيره، الذی تظهر ثمرته على تقدير كون التعلق تعلق رهانه، أو مستقلا يمنع من التصرف، أما إذا قلنا بعدم منعه حتى فی المقابل فلا ثمره له ظاهره غالبا، كما أنه بان لك مما ذكرناه عدم الفرق فی جواز التصرف عند القائل بأنه تعلق أرش أو مستقل بين الاستيعاب و غيره، كما هو مقتضى ما سمعته من الأدله.

لكن عن قضاء الإيضاح و المسالك، و ظاهر قضاء دين الميت من السرائر، الإجماع على عدم جواز التصرف مع الاستيعاب، و أن الاشكال فی غير المستوعب، قال فی الأول:

«أجمع الكل على أنه إذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركه، لا يجوز للوارث التصرف فيها إلا بعد قضاء الدين، أو إذن الغرماء» و نحوه عن الثانی أيضا، بل فی مفتاح الكرامه «أنه كذلك، يشهد له التتبع».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۲.

قلت: بـل التتبع شاهـد بخلافـه كمـا لا يخفى على من لاحظ القواعـد، و جامع المقاصـد فى باب الحجر، مضافا إلى عـدم اقتضاء الأدله الفرق بين المسـتوعب و المقابل للدين من غيره، نعم فى الزائد ما سـمعته من البحث السابق فلاحظ و تأمل، و لو كان على الميت عهده كما لو كان قد حفر بئرا فى طريق المسـلمين عدوانا فتردى فيه بعد موته، أو كان قد سرت جنايته كذلك، و لم نقل بالكشف بها عن شـغل ذمته قبل الموت، أورد مبيعه بالعيب بعد أن أتلف هو الثمن مثلا، فإن لم يكن قد تصـرف الوارث بالتركه وجب الأداء منها، بلا خلاف أجده فيه، كما أنه لا أجده أيضا فى انتقال التركه هنا إلى ملك الوارث قبل حدوث الضـمان، و إن كان السبب متقدما، ضروره عدم اقتضاء تقدمه بقاء التركه على حكم ماله، لعدم تحقق الدين حينئذ.

اللهم إلاـ أن يـدعى الكشف و لاـ دليل عليه، إذ وجوب الأداء منها أعم من ذلك بل ينبغى الجزم به بناء على المختار من انتقالها إلى الوارث مع الدين المحقق فعلا فضـلا عما نحن فيه، و إن كان قد تصـرف فيها الوارث ببيع و نحوه ففى القواعد «احتمل فساد التصـرف لتقدم سبب الدين، فأشبه الدين المقارن، و عدمه، فإن ادعى الوارث الدين و إلا فسخ التصرف»، و كأنه بنى الأول على كون التعلق تعلق رهانه و قد عرفت ما فيه سابقا.

مع أنه لو سـلم فى الدين المقارن أمكن منعه هنا، للأصل، و تقدم السـبب لا يقتضـى تقدم المسـبب، و أقصى العهده تعلق الدين الحادث بالتركه، لا منع الوارث من التصـرف، و دعوى حدوث البطلان بحدوثه محتاجه إلى دليل، فلا ريب أن الأصح الاحتمال الثانى على هـذا التقـدير، فضـلا عن المختار، بل إن لم يقم إجماع على تسـلطه على الفسخ إن لم يؤد الدين الوارث أمكن منعه، للأصل و لكن يقوى حينئذ تعلق الدين بالعوض، لكونه بدل المال ذى العهده.

اللهم الاـ أن يقـال: إنهـا كالـدين فى التسلط على الخيـار الـذى منشؤه فيهما تضـرر الغريم، و أن له حقا فى الجمله، و منه حينئذ يتوجه ضـمان الوارث لو فرض أن تصـرفه كـان بإتلاـف للمـال من غير معـاوضه، كأن يكون طعاما فأكله، أو ثوبا فلبسه، أو وهبه مجانا أو نحو ذلك فتأمل جيدا و الله أعلم.

[الفصل الثانی فی أحكام الحجر و فيه مسائل]

اشاره

الفصل الثانی فی أحكام الحجر.

و فيه مسائل:

[المسأله الأولى لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم]

الأولى قد تقدم سابقا انه لا خلاف معتد به فی أنه لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم و إنما الخلاف فی توقف دفعه على حكم الحاكم على ما عرفت.

و هل يثبت الحجر فی السفيه بظهور سفهه فيه تردد و خلاف و الوجه عند المصنف أنه لا يثبت، و كذا لا يزول إلا بحكمه وفاقا للفاضل و محكی المبسوط و شرح الإرشاد للفخر و ظاهر الغنيه، قيل: و كأنه مال إليه فی غايه المراد، بل عن تعليق الإرشاد للكركی المشهور توقف الحجر على حكم الحاكم، فيقوى حينئذ توقف إزالته عليه، و إن كان هو كما ترى، للأصل بمعانيه الثلاثه فی توقف الثبوت عليه، و بمعنى الاستصحاب فی الزوال مؤيده بأن موضوع السفه اجتهادی لوقوع الاختلاف فی بعض ما يعد فعله سفها، و بالعسر و الحرج، إذ أكثر الناس سفهاء سيما مع اعتبار العداله و إصلاح المال و الاكتساب و تحصيل المعدوم فی الرشد.

لكن فيه أن الأصل يقطعه ظاهر قوله تعالى (۱)«وَ لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ الَّتِی جَعَلَ اللّٰهُ لَكُمْ قِياماً وَ ارْزُقُوهُمْ فِيها وَ اكْسُوهُمْ وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفاً» بناء على أن المراد عدم تمكين السفهاء من أموالهم كما عن أكثر المفسرين بقرينه «وَ ارْزُقُوهُمْ» إلى آخره للإجماع على عدم وجوب الإنفاق على السفيه من غير ماله، و الحمل على من وجبت نفقته منهم و لا مال له كما ترى.

بل يشعر بذلك أيضا قوله «وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفاً» بناء على أن المراد الكلام الجميل و الوعد بما لهم إذا رشدوا، و تعليم حفظ المال و صيانته و نحو ذلك، بل و ما بعد الآيه، بل قيل: و ما قبلها.

و لا ينافی ذلك الإضافه إلى ضمير المخاطب، باعتبار رجوعها إلى الأولياء

۱- ۱ سوره النساء الآيه- ۵-.

بالإـرث، أو باعتبـار كونهم قوامين و متصـرفين بهـا كالملاـك أو باعتبار الإشاره إلى حفظها كحفظ أموالكم، أو باعتبار أنها من جنس أموالهم التى بها قوام الكـل، كما فى قوله تعالى (۱)«وَ لا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ»(۲)و «فَمِنْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُكُمْ مِنْ فَتَياتِكُمُ» فإن المراد عـدم قتـل البعض بعضا و جنس ما ملكت و جنس الفتيات، لا نفس المخاطب و ما ملكت يمينه و فتياته، أو غير ذلك مما يكفى فى الإضافه التى كثر استعمالها لأدنى ملابسه.

و ما

فى الصافى و العياشى (۳)عن الصادق (عليه السـلام) «هم اليتامى لا تعطوهم أموالهم حتى تعرفوا منهم الرشد، قيل: فكيف يكون أموالهم أموالنا فقال: إذا كنت أنت الوارث لهم»

يمكن عدم اراده الحصر منه، خصوصا بعد استفاده حكم خصوص اليتامى من الآيه التى بعدها، بل

روى عنه (عليه السلام)(۴)فى هذه الآيه أنه قال: «من لا تثق به»

و فى روايه(۵)«كل من يشرب الخمر فهو سفيه».

و عن الباقر (عليه السلام)(۶)«أنه سئل عن هذه الآيه فقال: لا تؤتوها شراب الخمر و لا النساء، ثم قال: و أى سفيه أسفه من شارب الخمر»،

و لفـظ الإيتـاء و ان كـان ظاهرا فى سـبق الاستيلاء على المال الا أنه يمكن اراده عـدم التمكين منه، على أنه بعـد التسـليم يمكن دلالتها على المطلوب، بناء على ما تسمعه فى مفهوم آيه الابتلاء(۷)نعم

فى الصافى أيضا عن القمى عنه (عليه السـلام)(۸)أيضا أنه قال: «السـفهاء النساء و الولد إذا علم الرجل أن امرأته سفيهه مفسده و ولـده سـفيه مفسـد لاـ ينبغى له أن يسلط واحـدا منهمـا على مـاله الـذى جعله الله له قياما يقوم به، و معاشا قال وَ ارْزُقُوهُمْ فِيها وَ اكْسُوهُمْ وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفاً».

۱- ۱ سوره النساء الآيه- ۲۹-.

۲- ۲ سوره النساء الآيه- ۲۵-.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱۰.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۹.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۸.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۵۳- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۲.

۷- ۷ سوره النساء- الآيه- ۶.

٨- ٨ المستدرك ج- ٢- ص- ٤٩٦-.

و لکنک خبیر أنه لا یجوز الخروج عن ظاهر الآیه بمثل هـذا المرسل الـذی یمکن عـدم منافاته للمعنی المراد من الآیه أیضا، فلا ریب حینئـذ فی استفاده المطلوب من ظـاهر الآیه، ضـروره إطلاق النهی فیها من دون تعرض للحاکم، بل قـد یستفاد من مفهوم قوله تعالی (۱)، أیضا «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً

فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ» کاستفاده عدم توقف زواله علی حکم الحاکم.

و دعوی خروجها عن محل النزاع- للإجماع علی عدم اعتبار الحاکم فی الإثبات و الإزاله بالنسـبه إلی السـفه المتصل بعد البلوغ، و خصوصـا الزوال، إذ لو توقف علیه لطلب النـاس عنـد بلوغهم فـک الحجر علیه من الحـاکم، و لکـان عنـدهم من أهم الأشـیاء فالسیره القطعیه شاهده علی ذلک، و عن المبسوط «و أما حجر الصبی فإنه یزول ببلوغه و لا یحتاج إلی حکم حاکم، و فی الناس من قـال: لاـ بـد فیه من حکم الحـاکم، و هو خلاـف الإجماع»- یـدفعها أولا: ما عن نکاح التـذکره من ظهور عموم النزاع مؤیـدا بإطلاق کثیر منهم هنا، و ثانیا: القطع بعدم الفرق، ضـروره عدم مدخلیه الاتصال بالصـغر المنقطع بالبلوغ، إذ هو سـبب جدید غیر الأـول، فإن کان لا یمنع من التصـرف بالمال إلا بحکم الحاکم، وجب اعتباره فی منع المالک منه، و کـذا الزوال، و الاتصال غیر مجد، بل و کذا یستفاد المطلوب من قوله تعالی(۲)«فَإِنْ کانَ الَّذِی عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً» الی آخره حیث أثبت الولایه بمجرد السفه.

إلی ما ذکرنا یرجع الاسـتدلال بأن العله السـفه کما یشـعر به تعلیق الحکم علیه، فوجوده یسـتلزم وجود المعلوم، و عدمها یسـتلزم عدمه، و بأنه إن جاز التصـرف مع عدم حکم الحاکم لم یکن الرشد شرطا، و هو باطل بالآیه و بأن اشتراط جواز التصرف بالرشد یقضـی بأن زوال الشـرط یستلزم زوال المشروط، کما أن منه یظهر الاستدلال أیضا بالإجماع السابق، بل و بإطلاق النصوص التی هی نحو آیه الابتلاء.

۱- ۱ سوره النساء- الآیه- ۶.

۲- ۲ سوره البقره- الآیه ۲۸۱.

و التأييد الأول واضح الدفع، ضروره كون الكلام فى الحجر بعد ثبوت السفه لا فى موضوع السفه، و أما التأييد الثانى فيدفعه منع كون أكثر الناس سفها، على أنه مشترك الإلزام، ضروره وجوب التحجير حينئذ على الحاكم من باب الحسبه، و خصوصا إذا كان هو الولى و قد تقدم فى موضوع السفه ما يفيدك حقيقه الحال، فلاحظ و تأمل.

و من ذلك كله يظهر قوه القول بعدم توقفه ثبوتا و زوالا على حكم الحاكم، وفاقا لجامع المقاصد، و الروضه، و المسالك، و الكفايه، و المفاتيح، و الرياض، على ما حكى عن بعضها، بل هو خيره اللمعه أيضا بالنسبه إلى الثبوت دون الزوال، فأوقفه على حكم الحاكم للأصل المقطوع بما عرفت، و لاحتياج معرفته إلى الاجتهاد الذى قد سمعت ما فيه، مضافا إلى انتقاضه فى الثبوت.

و منه يظهر ضعف القول الرابع الذى هو عكس ذلك، و قد اعترف جماعه بعدم معرفه قائله و ربما استظهر من غايه المراد للشهيد، نعم عن التحرير أنه جزم باحتياجه إلى حكم الحاكم فى الثبوت، و توقف فى الزوال عكس ما عن الإرشاد.

و على كل حال ففيه ما لا يخفى، مع أن ما قيل فى وجهه من أن حكم الحاكم كان مشروطا بوجوده فلما عدم السفه امتنع ثبوت الحجر، إذ يمتنع بقاؤه من دون الشرط، خصوصا على القول بأن البقاء يحتاج إلى عله، و أن عله البقاء عله الحدوث موافق للمختار، إنما الكلام فى توقف ثبوته على حكم الحاكم، و ليس إلا ما عرفت سابقا مما هو واضح الضعف و الله أعلم.

[المسأله الثانيه إذا حجر عليه فبايعه انسان كان البيع باطلا]

المسأله الثانيه إذا حجر عليه الحاكم فبايعه انسان، كان البيع باطلا مع عدم اجازه الولى لا معها، لما عرفت سابقا سواء كان بعين ماله أو ما فى الذمه، رضى البائع بالانتظار إلى احتمال فك الحجر أولا، بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك، بل عن الأردبيلى أنه يمكن تحريم أصل المعامله معه، و مجرد إيقاع صوره البيع و الشراء معه، و إن كان فيه منع واضح، و حينئذ فإن كان المبيع موجودا استعاده البائع عالما كان أو جاهلا بالحكم أو الموضوع، أذن بالقبض أو لا، بلا خلاف أجده و لا إشكال، ضروره بقاء المال حينئذ على ملكه، فله انتزاعه، و احتمال

صيرورته هبه فى بعض أفراد المسأله كما ترى.

و إن تلف و قد قبضه بإذن صاحبه العالم بموضوعه و حكمه كان تالفا من مال مالكه و إن فك حجره بعد التلف لأصاله البراءه بعد أن كان هو المسلط له على ذلك، و هو المسقط لحرمه ماله، فلا يشمله شى ء من أدله الضمان.

لكن الإنصاف أنه إن لم يثبت الإجماع عليه كما هو الظاهر من بعضهم حيث أرسلوه إرسال المسلمات، و ادعوا ظهوره و وضوحه بحيث لا يحتاج إلى بيان لا يخلو من اشكال، يظهر مما ذكروه فى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، مع العلم بالفساد من أنه لا- يقتضى سقوط الضمان بعد أن كان الاذن حاصلا فمن ضمن البيع فهى فى الحقيقه مشروط بصحه البيع المفروض انتفاؤها، فتنتفى حينئذ الاذن، و يكون كفاقد الإذن فى شمول أدله الضمان له، و هو بعينه جار فى المقام و قياس السفيه على المجنون الذى لا يعقل معه الخطاب المشروط- واضح الفساد، ضروره كون السفيه مكلفا قابلا للخطاب، و إن حجر عليه فى التصرف فى المال.

و أغرب من ذلك ما عساه يظهر من إطلاق المصنف و غيره، من عدم الضمان مع الجهل أيضا، بل صريح القواعد و محكى المبسوط، و التحرير، و التذكره، و جامع المقاصد، و الكفايه، و لعله ظاهر المسالك أيضا قال: «و وجهه أن البائع قصر فى معاملته قبل اختبار حاله و علمه بأن العوض المبذول منه ثابت أم لا؟ فهو مضيع لماله».

و فيه منع كون ذلك مسقطا لحرمه المال، مع عموم أدله الضمان، و قد يفرض عدم التقصير المزبور أيضا، و لعله من هنا حكى فى التذكره عن بعض الشافعيه أن السفيه إذا أتلف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر، ثم قال: «و لا بأس به» بل خص فى اللمعه الضياع و عدم الضمان بالمعامل العالم، بل نص فى الروضه لو كان جاهلا بحاله كان له الرجوع مطلقا، لعدم تقصيره، بل عن الأردبيلى أنه تأمل فى صوره العلم أيضا لأنه صار سفيها أيضا، إلا أنه استظهر عدم الضمان، ثم قال: «الذى يختلج فى صدرى ضمانه مع علمه، أى السفيه بعدم صحه هذا العقد و عدم صحه التسلط إلا أن يكون المسلم إليه عالما و قبضه إياه» فتأمل هذا كله إذا قبضه بالإذن.

و أما إذا كان قد قبضه بغير إذن، فالمتجه فيه الضمان، لعموم أدلته، و عدم صدور غير العقد الفاسد من المالك، و هو لا يقتضى الإذن فهو حينئذ كما لو أتلف ما لم يؤذن له فيه، و هو الظاهر من المصنف، بل هو صريح غيره، بل لا أجد فيه خلافا بيننا و بين غيرنا، سوى ما عن الأردبيلى من أن الظاهر عدم الضمان، لأن المالك قد ضيعه على نفسه بإجراء العقد المسلط عرفا على القبض، و فيه ما لا يخفى، خصوصا بعد أولويه السفيه فى الضمان من الصبى و المجنون اللذين قيل بلزوم الضمان عليهما لو فرضنا كذلك.

و مما ذكرنا يظهر لك الحال فيما لو اقترض السفيه و أتلف المال، و إن صرح فى القواعد أيضا بعدم الضمان فيه على كل حال، لكن فيه ما تقدم، مضافا إلى ما ذكروه فى اقتراض المملوك و إتلافه له على نفسه من دون إذن سيده من ضمانه، و أنه يتبع به العتق، إذ السفيه أما أولى منه أو مساو له، و لو لا تصريح البعض هنا بعدم الضمان و لو فك الحجر، لأمكن تنزيل كلامهم على عدم الضمان فعلا، بحيث يؤدى من ماله.

و على كل حال فالذى ينبغى مراعاه الضوابط بعد فرض عدم الإجماع فى المقام إذ دون ثبوته على الوجه المثمر خرط القتاد، فتأمل جيدا و الله أعلم.

و مما ذكرنا يعلم الحال فيما لو أودعه إنسان مثلا وديعه مع العلم بحجره فأتلفها و لو مباشره لكن قال المصنف ففيه أى فى ضمانه تردد و خلاف و الوجه انه لا يضمن كما عن إرشاد الفاضل، للأصل و لتفريطه بالإيداع بعد نهى الله تعالى عن إيتاء السفيه المال، فهو حينئذ سبب أقوى من المباشر.

و لأن

«إسماعيل بن الصادق (عليه السلام)(۱)أراد أن يستبضع رجلا فنهاه أبو عبد الله (عليه السلام) عن ذلك، لأن ذلك الرجل كان يشرب الخمر، فخالف و استبضعه، فاستهلك ماله، فحج أبو عبد الله (عليه السلام)، و حج معه ابنه إسماعيل فجعل يطوف بالبيت و يقول «اللهم أجرنى و اخلف على» فلحقه أبو عبد الله (عليه السلام)، فهمزه بيده من خلفه، فقال له: مه يا بنى فلا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحكام الوديعه الحديث- ۱.

و الله مالـك على الله حجه، و لا لك أن يأجرك و لا يخلف عليك و قـد بلغك أنه يشـرب الخمر فائتمنته (الى ان قال): فإن الله عز و جـل فى كتـابه يقول «وَ لا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ» فأى سـفيه أسـفه من شارب الخمر، إن شارب الخمر لا يزوج و لا يؤتمن على أمانه، فمن

ائتمنه على أمانه فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على الله عز و جل أن يأجره».

و فيه أن الأصـل مقطوع بـأدله الضـمان كعموم من أتلف و نحوه، و الإيـداع من مكلف بعـد أن لم يكن فيه إذنـا بالإتلاف ليس تفريطا ليسقط معه حرمه المال، و يخرج به عن عمومات الضمان، و دعوى قوه السبب على المباشره واضحه المنع، كوضوح عدم دلاله الخبر المزبور الذى لا جابر له.

مضافا إلى اشـتماله على مخالفه إسماعيل لوالده، و المعلوم من ورعه خلافه، و إلى نهيه عن الدعاء الذى لا إشكال فى جوازه له، فظهر حينئـذ قوه القول بالضـمان وفاقـا للتـذكره، و جـامع المقاصـد، و المسالـك، و الروضه، و مجمع البرهـان على ما حكى عن بعضها، إذ هو حينئذ كالغصب الذى لم أجد خلافا فى ضمانه، بل هو منه ضروره كون السفيه بالغا عاقلا، بل لعله أفحش منه.

نعم لو كانت الوديعه مثلا من مجنون أو طفل غير مميز اتجه حينئذ عدم الضـمان بالإتلاف مباشـره، فضـلا عنه بالتفريط، كما عن التذكره و التحرير، للأصل بعد الشك فى تناول عمومات الضمان له، باعتبار قوه السبب على المباشر الذى هو كالحيوان، فما عن بعضهم من الضمان مطلقا ضعيف.

بـل و مـا فى المسالـك من الفرق بين المباشـره و التفريـط، لأن الضـمان بالثانى فرع وجوب الحفظ المعلوم انتفاؤه عنها، بخلاف الأول المبنى على سـببيه الإتلاف للضـمان، و هى لا فرق فيها بين التكليف و عدمه، و لذا ضـمنا لو أتلفه بلا إذن من المالك فى أصل الاستيلاء بلا خلاف و لا إشـكال، لما قد عرفت من قوه السـبب على مثل هذا المباشـر، و أنه كما لو أهمل ماله حتى أتلفته دابه الغير.

أما إذا كان الصبى مميزا فقد يقوى ضمانه بالمباشره، بل و بالتفريط بناء على أنه لا يقصر عنها، لمنع قوه السبب هنا على المباشره بعد استمرار السيره على الاعتماد

علیهم فی الحفظ، و عدم التکلیف لا ینافی الضمان حتی بالإهمال، و دعوی- توقف صدق التفریط علیه- یمکن منعها، و لذا یضمن الساهی و الغافل و الناسی و نحوها فتأمل جیدا و الله العالم.

[المسأله الثالثه لو فک حجره ثم عاد مبذرا حجر علیه]

المسأله الثالثه لا خلاف فی أنه لو فک حجره بحصول الرشد ثم عاد مبذرا و قلنا بتحقق السفه به حجر علیه، و لو زال فک حجره و لو عاد عاد الحجر علیه و هکذا دائما ضروره اقتضاء وجود العله وجود المعلول کنفیها من غیر فرق بین القول بتوقف حجره علی حکم الحاکم و عدمه.

[المسأله الرابعه الولایه فی مال الطفل و المجنون للأب و الجد للأب]

المسأله الرابعه قد أطلق الشیخ فیما حکی عنه هنا و کثیر ممن تأخر عنه أن الولایه فی مال الطفل و المجنون للأب و الجد للأب بل هو معقد ما فی المسالک و محکی الکفایه من نفی الخلاف فیه، بل هو معقد إجماع التذکره و لا ریب فیه فی الجمله، بل عن مجمع البرهان کان علیه إجماع الأمه.

مضافا إلی النصوص المستفیضه، فی الأول بل ربما ادعی تواترها الوارده فی النکاح (۱)المدعی دلالتها علی ما هنا بالأولویه، و إلی خصوص النصوص (۲)الوارده فی بحث أموال الیتامی و الوصیه و غیرهما من المباحث الکثیره، کما عن الریاض.

نعم قد یتوقف فی خصوص من تجدد جنونه بعد بلوغه و رشده الذی هو أحد أفراد ذلک الإطلاق، لانقطاع ولایتهما حینئذ عنه، فیندرج تحت عموم ولایه الحاکم الذی هو نائب الأصل، بل جزم به فی المحکی من جامع المقاصد و مجمع البرهان بل عن ظاهر الأخیر و نکاح المسالک أنه لا خلاف فیه، بل ربما استظهر من بعض مواضع نکاح التذکره الإجماع علیه، و إن کان المحکی عنها فیه أیضا عکس ذلک، کما أن المحکی عن إیضاح النافع أن المشهور فی باب النکاح عدم الفرق، و عن غیره العکس أیضا.

و علی کل حال فلا ریب فی قوه رجوع أمره إلی الحاکم إذا لم یکن فی النصوص إطلاق یعتمد علیه، فإنها لم تحضرنا جمیعا الآن، و الأحوط توافقهما معا، و قد یتوقف

۱- ۱ الوسائل الباب ۶ من أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۵- من أبواب عقد البیع و شروطه.

أیضا فی ولایتهما مع فسقهما أیضا خصوصا إذا کان یظن معه أو یقطع بالإضرار، و إن کان مقتضی الإطلاق ذلک، بل عن نکاح التذکره الإجماع علی الولایه مع الفسق.

نعم عن الفاضل أنه تردد فی ذلک فی وصایا القواعد بل عن الوسیله اشتراط العداله، و الإیضاح «الأصح أنه لا ولایه للأب و الجد ما دام فاسقا، لأنها ولایه علی من یدفع عن نفسه، و لا یعرب عن حاله، و یستحیل من حکمه الصانع أن یجعل الفاسق أمینا تقبل إقراراته و إخباراته علی غیره مع نص القرآن علی خلافه».

و لعل التحقیق عدم اشتراط العداله، للأصل و الإطلاق، و لکن متی ظهر للحاکم و لو بقرائن الأحوال الضرر منهما علیهما عزلهما، و منعهما من التصرف حسبه، و إن علم عدمه أقر هما، و إن لم یعلم حالهما فربما قیل بالاجتهاد فی حالهما، فیتبع سلوکهما و شواهد أحوالهما، و یمکن عدم اعتبار ذلک عملا بالإطلاق، بل لعله الأقوی.

و أما ما یظهر من المصنف و غیره من اشتراکهما فی الولایه علی معنی نفوذ تصرف السابق علی کل حال فلا أجد فیه خلافا، بل عن ظاهر نکاح المسالک الإجماع علیه، لأنه مقتضی ثبوت الولایه لکل منهما، بل مقتضاه أیضا البطلان لو اقترنا، لعدم الترجیح کما هو ثالث الأقوال فی المسأله، و قد قیل: بترجیح الجد لثبوت ولایته علی الأب فی بعض الأحوال، و للنصوص المستفیضه فی باب النکاح (۱)و الإجماعات المحکیه، فیثبت فی المقام بالأولویه و لعله لذا قال الکرکی فی المحکی

من تعلیقه علی الإرشاد بعد ان اعترف بعدم تصریح للأصحاب هنا بذلک: کلامهم فی باب الأنکحه یقتضیه، مشیرا إلی الأولویه المزبوره و قیل بتقدیم ولایه الأب لشده اتصاله، و کون ولایه الجد بواسطته، و الجمیع کما تری حتی الأولویه المزبوره، بناء علی عدم حجیه کل ظن للمجتهد، و دعوی حصول القطع أو دلیل معتبر علیها من إجماع و نحوه یمکن منعها، بل إطلاق کلامهم، فی المقام یقتضی ما ذکرنا، فتأمل جیدا.

و کیف کان ففی تعدی الحکم إلی أب الجد و جد الجد و إن علی مع الأب نظر و لعل إطلاق القائل یقتضیه نعم قد یتوقف فی تقدیمه علی من هو أدنی منه، لعدم

۱- ۱ الوسائل الباب ۶- من أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد.

انسياقه من الأب فتأمل جيدا.

و على كل حال فإن لم يكونا فللوصى فإن لم يكن فللحاكم أى الثقه المأمون الجامع للشرائط بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك، بل و لا إشكال، فإن لم يكن الحاكم فظاهر جمله من العبارات المعدده للأولياء، عدم الولايه حينئذ لأحد، بل هو صريح المحكى عن ابن إدريس، و هو كذلك بالنسبه إلى الأم و غيرها من الاخوه و الأعمام و الأخوال و غيرها، بل خلاف أجده، بل عن التذكره الإجماع عليه فى الأم، بل عن مجمع البرهان أنه إجماع الأمه.

نعم قد يقال: إن قاعده الإحسان ولايه المؤمنين بعضهم على بعض و لزوم التعطيل بل و الضرر فى كثير من الموارد قيل: بل و حكايه فعل الخضر يقتضى ثبوتها لعدول المؤمنين، بل ربما يرشد إلى ذلك.

صحيح ابن بزيع (۱)«قال: إن رجلا من أصحابنا مات و لم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد ابن سالم القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثه صغارا و متاعا و جوارى فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه فى بيعهن إذ لم يكن الميت صير إليه، و كان قيامه بأمر القاضى، لأنه فروج، فذكرت ذلك لأبى جعفر (عليه السلام) فقلت جعلت فداك يموت الرجل من أصحابنا فلا يوصى إلى أحد و خلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منا لبيعهن أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى فى ذلك؟ فقال: إذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد بن سالم فلا بأس.»

و خبر سماعه(۲)و رفاعه «سألته عن رجل مات و له بنون صغار و كبار من غير وصيه و عقار كيف يصنعون الورثه بقسمه ذلك الميراث؟ فقال: إن قام رجل ثقه فقاسمهم ذلك فلا بأس»

قيل: و مثله صحيح ابن رئاب (۳)و المناقشه فيه باحتمال كون ذلك إذنا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۸- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۲- لكن فيه عن زرعه عن سماعه.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۸- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۱.

خاصا من إمام الوقت كما ترى، فالقول به حينئذ لا يخلو من قوه، وفاقا لصريح بعض

الأصحاب، بل نسب إلى مشهورهم، بل ربما نسب ذلك إليهم، و الله أعلم.

و أما السفيه و المفلس فالولايه فى مالهما للحاكم لا غير بلا خلاف أجده فى الثانى، و قد تقدم الكلام فيه سابقا، بل و الأول إذا كان متجددا بعد البلوغ، عدا ما عن الكفايه، و الرياض من إرسال قول فيه بعود ولايه الأب و الجد عليه، و لم نتحققه لا حد، كما لم نعرف له دليلا صالحا لقطع الأصل فمن الغريب ميل بعض متأخرى المتأخرين إليه، التفاتا إلى كونه فى التزويج كذلك، و إلى ما عن التذكره من الإجماع، و فيه بعد تسليم الملازمه أو الأولويه منع كونه فى التزويج كذلك.

و ما عن التذكره من الإجماع فى المقام بل المحكى عنها مع أنه إطلاقات و لم تتحقق، و فى التزويج أيضا، بل و فى المجنون مضطرب لا يصلح للفقيه التعويل على أمثاله، بل ربما حكى عنها معقد إجماع على خلاف ذلك، و كيف يسوغ لها أو لغيرها دعوى الإجماع فى المقام، بحيث يشهد عليها، مع ظهور كلمات الأصحاب فى خلافه، بل عكسه مظنه الإجماع، بل لا بأس على من يدعيه فى المقام.

و بالجمله فلا ريب فى أن الولايه فى ماله للحاكم الذى هو ولى من لا ولى له، بعد أن لم يثبت بدليل شرعى ولايتهما عليه، بل الدليل و هو الأصل على خلافه، إنما الكلام فيمن اتصل سفهه ببلوغه، فإن ظاهر المصنف و غيره من أطلق كإطلاقه أن ولايته للحاكم أيضا، بل عن بعضهم التصريح بهذا الإطلاق، بل ربما نسب إلى الأشهر بل قيل: إن وجهه ظاهر، بناء على توقف الحجر عليه، و رفعه عنه عليه، إذ يكون الأمر حينئذ فى ماله اليه، بل ربما جعل ذلك دليلا للمدعى.

إلا أن ذلك كله كما ترى، ضروره اقتضاء الاستصحاب ثبوت ولايتهما التى هى المنساقه من آيه الإيناس (۱)المحكى تفسيرها عن الباقر (عليه السلام)(۲)بالعقل و إصلاح المال

۱- ۱ سوره النساء الآيه- ۵.

۲- ۲ تفسير البرهان- ج ۱ ص ۳۴۵.

و

عن الصادق (عليه السلام)[(۱)](#)بحفظ المال،

و من

خبر هشام بن سالم عن الصادق (عليه السلام)[(۲)](#)«و إن احتلم و لم يونس منه رشدا و كان سفيها فليمسك عنه ماله وليه»

إذ لا ريب فى ظهورهما فى إراده الولى قبل البلوغ، سواء كان الأب أو الجد أو الحاكم أو غيره، فإنه المخاطب بإمساك المال و حفظه حتى يرشد، و التكلفات لا تنافى المنساق، و توقف الحجر على السفيه و رفعه على الحاكم مع أنه يمكن منعه فى المتصل سفهه، بل عن التذكره التصريح بعدم توقف رفعه عليه، لا يقتضى ثبوت الولايه للحاكم فى المال، و لعله لذلك و غيره صرح جماعه من المحققين بثبوت الولايه لهما فى الفرض، و عن التذكره أنه نفى عنه البأس فى آخر كلامه، و عن الشهيد أنه حكاه عن ابن المتوج، بل عن مجمع

البرهان أنه مما لا خلاف فيه و لا نزاع، و عن نكاح المفاتيح لا خلاف فى ثبوت الولايه لهما على السفيه و المجنون مع اتصال السفه و الجنون بالصغر، و الظاهر عدم إرادته خصوص النكاح، مع ما عن بعضهم من أنه لا فرق فى هذا النزاع بين النكاح و المال، بل قد عرفت دعوى أولويه المال منه.

لكن الانصاف تحقق الخلاف فى المال كما عرفت، و منه يظهر ما عن نكاح الرياض و تثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفه و جنون إجماعا، حتى لو أراد خصوص النكاح، إذ الظاهر تحقق الخلاف فيه أيضا.

و على كل حال فالتحقيق ما عرفت، و إن كان كلمات الأصحاب فى المقام و النكاح لا تخلو من اضطراب، و حينئذ فوصيهما أولى من الحاكم، كما أن الجد أولى من وصى الأب بلا خلاف و لا اشكال، و الله أعلم بحقيقه الحال.

[المسأله الخامسه فإذا أحرم بحجه واجبه لم يمنع مما يحتاج إليه فى الإتيان بالفرض]

المسأله الخامسه لا خلاف فى أن السفيه كالرشيد بالنسبه إلى العبادات ف إذا أحرم بحجه و عمره واجبه و لو بالنذر قبل الحجر أو سببه لم يمنع مما يحتاج إليه فى الإتيان بالفرض و إن زاد على نفقه الحضر، لكن لا يمكن هو من الإنفاق، بل ينفق عليه وليه أو وكيله و إن أحرم تطوعا فان استوت نفقته

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۶- و- ۱۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ۹.

سفرا و حضرا لم يمنع منه أيضا، بلا خلاف أجده فيه، لعدم الضرر، و إلا منع خلافا للمحكى عن الأردبيلى فلم يمنعه و إن زاد، و هو مع أنه لم نجد له موافقا- مناف لحكمه الحجر، و لذا يمنع من النذر بالصدقه بعين ماله، و بناء المساجد و القناطر و نحو ذلك، و احتمال اختصاص منع السفيه بالتصرف المنافى خاصه لا- الأعم منه و الموافق لتصرفات العقلاء مناف لكلمات الأصحاب، و عموم أحكام الشرع بل و لحكمه الحجر فلا ينبغى التوقف فيما نحن فيه.

نعم إذا لم يتفاوت بين السفر و الحضر لم يمنع لعدم الضرر قيل و كذا إن أمكنه تكسب ما يحتاج اليه بل نفى الخلاف عنه بعض مشايخنا، لكن قد يشكل بأن ما يكتسبه مال فيتعلق الحجر به أيضا. و أجيب بأنه قبل الاكتساب لم يكن مالا و بعده صار محتاجا إلى زياده النفقه على أن الاكتساب غير واجب على السفيه، و ليس للولى قهره عليه، فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلاف لشى ء من المال الذى تعلق الحجر به.

و فيه إنما يتم لو لم يمكنه العود أو أمكنه بنفقه مساويه لنفقه الإكمال، و إلا لم ينفعه احتياجه إلى النفقه و الاكتساب، و إن كان غير واجب عليه، و لا- يقهر عليه إلا- أنه إذا اكتسب باختياره تحقق المال، و لزم الحجر فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب الواقع فى السفر لا يحصل فى الحضر و كان بعد التلبس بالحج مثلا أو قبله، و لم يمكن العود إلا بصرفه زال الاشكال، و يمكن حمل عبارات الأصحاب على ذلك أو نحوه.

و كيف كان ف لو لم يكن كذلك بل احتاج فى السفر إلى ما يزيد على نفقته فى الحضر من ماله المحجور عليه حلله الولى من الإحرام محافظه على ماله، بل فى القواعد و محكى المبسوط، و التحرير، أحله بالصوم، و ظاهرهما تعيينه به، دون الهدى، مراعاه لحفظ المال، لكن عن الشهيد أنى لم أقف على كون التحليل بالصوم إلا من طرق العامه.

نعم،

روی معاویه بن عمار عن أبی عبد الله (علیه السلام)(۱)، «فی الحصر، ان لم یجد هدیا قال: یصوم»

و فی کتاب المشیخه لابن محبوب روی صالح بن عامر عن أبی عبد الله (علیه السلام) «فی رجل خرج معتمرا و اعتل فی بعض الطریق و هو محرم قال: ینحر بدنه و یحلق رأسه، و یرجع إلی أهله فلا یقرب النساء، فإن لم یقدر صام ثمانیه عشر یوما».

قلت: الظاهر إراده من أطلق التحلیل بالصوم ما صرح به بعضهم من کونه عشره أیام من دون اعتبار التوالی و الزمان، و أنه فی الحج، کما أن الظاهر بناء ذلک علی ان لدم الإحصار بدلا، و عن بعضهم أنه استقرب عدمه، و استشکل الفاضل فیه فی القواعد و حینئذ فینبغی بقاؤه محرما إلی زمان الفک کما صرح به بعضهم، و قد یقال:

إنه یتعین حینئذ علی الولی تحلیله بالهدی إذا فرض نقصانه عن زیاده النفقه، لأنه صار و لو بالعارض مثلها، بل لو لا ظهور اتفاق من تعرض للحکم هنا علی ذلک أمکن المناقشه فی أصل تحلیل الولی له، لأنه بالإحرام صار الزائد کالنفقه، و ربما یؤیده فی الجمله ما تسمعه من المصنف من تردده فی کفاره الیمین مثلا بالمال، فتأمل جیدا.

و علی کل حال فظاهر من تعرض للحکم هنا صحه إحرامه و إلا لم یحتج إلی تحلیل الولی، و هو کذلک، إذ النهی عن أمر خارج عن ذات العباده، بل و عن شرطها، لأن المندوب لا یشترط فیه المال فینعقد، و إن کان للولی التحلیل تدارکا للزائد.

و الله أعلم.

[المسأله السادسه إذا حلف انعقدت یمینه]

المسأله السادسه لا خلاف بل و لا إشکال فی أن السفیه إذا حلف مثلا علی فعل شی ء أو ترکه مما لا یتعلق بماله المحجور علیه انعقدت یمینه لأنه بالغ عاقل مکلف و انما هو ممنوع فی خصوص التصرف المالی و هذا لیس منه.

نعم لو حنث کفر بالصوم کما صرح به الفاضل و ثانی الشهیدین، و الشیخ فیما حکی عن مبسوطه من غیر تردد و لا نقل خلاف، لأنه بمنعه من التصرف المالی کان کالعبد و الفقیر و نحوهما و لکن قال المصنف فیه تردد و لعله لوجوب الکفاره علیه حینئذ و الفرض أنه مالک، فتخرج من ماله کغیرها من الواجبات من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الإحصار و الصد الحدیث- ۲.

الزكاه و الخمس و مؤنه الحج و الكفاره السابق سببها.

و فيه أن هذه الواجبات تثبت عليه بغير اختياره، فلا تصرف له فى المال، و إنما الحاكم به الله تعالى، بخلاف ما نحن فيه مما كان سببه مستندا إلى اختياره، بل لو أخرج ذلك من ماله أمكن أن يجعله وسيله إلى إذهابه، لأن مقتضى السفه توجه صرفه على ما لا ينبغى، و من ذلك تعرف الحال فى كفاره نذره و عهده و عوده فى ظهاره، و إفطاره فى شهر رمضان، بل قيل: و قتل الخطأ، بل فى المسالك أنه يقرب من هذا البحث الكلام فى الإنفاق على من استلحقه من الأنساب بإقراره و الله أعلم.

[المسأله السابعه لو وجب له القصاص جاز أن يعفو و لو وجب له ديه لم يجز]

المسأله السابعه لا- خلاف أيضا و لا- إشكال فى أنه لو وجب له القصاص جاز أن يعفو على غير مال فضلا عنه، بناء على انه الواجب فى العمد لا- أحد الأمرين كما هو المعروف عندنا، بل ظاهر المسالك الإجماع عليه، لأنه ليس تصرفا ماليا، و فى المسالك «أنه نبه بذلك على خلاف بعض العامه حيث جعل الواجب فى العمد أحد الأمرين، القصاص أو المال، فلا يصح عفوه عنه» قلت: يمكن القول بجواز عفوه عليه أيضا، بعد فرض التخيير و عدم عد ذلك تصرفا ماليا، و قد تقدم نظير ذلك فى المفلس هذا.

و قد ظهر لك من ذلك كله أنه لو وجب له ديه أو أرش لم يجز له العفو، بلا- خلاف و لا- إشكال، لأنه من التصرف المالى الممنوع عنه.

[المسأله الثامنه يختبر الصبى لمعرفه رشده قبل بلوغه]

المسأله الثامنه: يختبر الصبى لمعرفه رشده قبل بلوغه كما صرح به جماعه، بل لا أجد فيه خلافا. بل فى المسالك هذا مما لا خلاف فيه عندنا، إنما خالف فيه بعض العامه، و نحوه المحكى عن المفاتيح، بل عن ظاهر التذكره و غايه المراد الإجماع عليه، و لعله ظاهر كل من قصر الخلاف على بعض العامه، فتأمل الأردبيلى فيما حكى عنه فى غير محله.

نعم قد يقع الاختبار بعد البلوغ إذا اتفق عدمه قبله لعارض، أو أن الواقع منه قبله لم يفد الرشد، أو نحو ذلك، فما عن كنز الفوائد- لعميد الدين- و الفخر فى الإيضاح، و الشهيد، و ابن المتوج من حمل ما فى القواعد من الإشكال فى صحه البيع

الاختباری و عدمه علی ما بعد البلوغ لو اتفق ظهور السفه، أو لم یظهر الرشد- لیس خلافا فی المسأله عند التأمل.

نعم قیل: قد ینافیه

المرسل عن أبی جعفر (علیه السلام)(۱)«قال فی قوله تعالی «وَ ابْتَلُوا» من کان فی یده مال

بعض الیتامی فلا یجوز له أن یعطیه حتی یبلغ النکاح، و یحتلم، فإذا احتلم و وجب علیه الحدود، و إقامه الفرائض، و لا یکون مضیعا، و لا شارب خمر، و لا زانیا، فإذا آنس منه الرشد دفع إلیه المال، و أشهد علیه، فإذا کانوا لا یعلمون أنه قد بلغ، فلیمتحن بریح إبطه أو نبت عانته. و إذا کان ذلک فقد بلغ، فیدفع إلیه ماله إذا کان رشیدا»

الحدیث.

و فیه أنه یمکن منع ظهوره فی مخالفه الأصحاب، لاحتمال إراده أنه إذا کان قد آنس منه الرشد بالاختبار السابق دفع الیه المال، و الامتحان بریح الإبط لا یقضی بإراده ذلک من الابتلاء فی الآیه، و بعد التسلیم فلیس جامعا لشرائط الحجیه، و قد أعرض عنه الأصحاب، فهو حینئذ من الشواذ خصوصا مع مخالفته لظاهر الآیه، ضروره ظهورها فی کون غایه الاختبار البلوغ، قیل: لان حتی ابتدائیه، إذ ما بعدها جمله شرطیه، و الجزاء جمله أخری شرطیه، و هی «فَإِنْ آنَسْتُمْ»، فالفاء الاولی جواب الشرط الأول، و الثانیه جواب الثانی.

فما عن الأردبیلی- من أن ظاهر قوله «فَإِنْ آنَسْتُمْ» إلی آخرها یدل علی دفع المال بعد إیناس الرشد بلا فصل، فلو کان الابتلاء قبل البلوغ لزم وجوب الإعطاء بعد الرشد و قبل البلوغ، و هو منفی بالإجماع، علی أن المعلوم عدم انتهاء الابتلاء بالبلوغ فکأنه مقید بعدم الرشد، و عدم صدق الیتیم علی البالغ، یدفعه أنه لا یبعد صدق الیتیم علی قریب العهد بالیتم.

لا یخفی علیک ما فیه، و ظهور الآیه فی تسلیم المال بعد إیناس الرشد مسلم، لو لا الشرط الأخر و هو قوله «إِذا بَلَغُوا النِّکاحَ» فإن المراد اختبروهم قبل البلوغ إلیه، فإن

۱- ۱ المستدرک ج- ۲- ص ۴۹۶.

كـان قـد بلغوا و قـد آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً بالاختبـار السابق فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ ، و معلوميه عـدم انتهاء الابتلاء بالبلوغ لا يقضـى بكونه بعـده، بل المراد أن هـذا محله الـذى يتعقبه تسليم المال بعـد البلوغ بلا فصل إذا فرض حصول الرشـد منه، و صدق اليتيم على قريب العهـد مجاز لا داعى إليه، بل قـد عرفت وجود الـداعى إلى خلافه، من اتفاق الأصحاب ظاهرا كما أنك عرفت تمام الكلام فى الآيه فى البحث عن علامات البلوغ فلاحظ.

مضافا إلى ما فى تأخير الاختبار بعـد البلوغ إلى حصول الضـرر بالحجر على مال البالغ، خصوصا إذا طال الزمان، و لا ملازمه بين ابتلائه قبـل بلوغه، و بين صـحه معاملاته المعلوم اشتراطها بالبلوغ، إذ الاختبار أعم من ذلك قطعا لاحتمال حصوله بالمساومه و المماكسه خاصه، و بالتواطى من الولى و البائع فيما هو مال الطفل، و نحو ذلك بل يحصل الابتلاء بغير العقود، و القول بشـرعيه أفعـال الصبى لا مـدخليه له فى الصـحه، إذ ذاك فى العبادات، و إذن الولى- مع أنه غير محقق لما عرفت من أعميه الاختبار من العقد- لا تجدى فى غير البالغ، سواء كانت سابقه أو لاحقه كما هو واضح.

و على كل حال فمما سـمعت يعلم أن ما عن المبسوط و الجماعه من ذكر كيفيه الابتلاء لا يريـدون به الخصوصـيه قطعا، قال فى الأول: الأيتام على قسـمين ذكور و إناث، فالـذكور على ضـربين ضـرب يبـذلون فى الأسوق و يخالطون الناس بالبيع و الشـراء و ضرب يصانون عن الأسواق فالذين يخالطون الناس فإنه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولى أن يذهب إلى السوق و يساوم فى السلع و يقاول فيها و لا يعقد العقد، فإن رآه يحسن ذلك و لا يغبن فيه علم أنه رشيد، و إلا لم يفك عنه الحجر، و قيل:

انه يشـترى له بغير أمره و يواطئ البـائع على بيعهـا من اليـتيم و ينقـذه الولى ليشتريهـا منه، و قيـل: إنه يـدفع إليه شـى ء من المـال يشترى به سلعه، و يصح شراؤه للضروره، فيجيز.

و إن كـان اليتيم ممن يصان عن الأسواق مثل أولاد الرؤساء فإن اختبارهم أصـعب، فيـدفع الولى إليهم نفقه شـهر يختبرهم فينظر، فإن دفعوا إلى أكرتهم و غلمانهم و عمالهم و معامليهم حقوقهم من غير تبذير، و أقسطوا فى النفقه على أنفسهم فى مطاعمهم

و مكاسبهم سلم إليهم المال.

و أما الإناث فإنه يصعب اختبارهن فيدفع إليهن شيئا من المال و يجعل عليهن نساء ثقات يشرفن عليهن، فإن غزلن و استغزلن و نسجن و استنسجن و لم يبذرن سلم المال إليهن، فإن كن بخلاف ذلك لم يسلم إليهن» و زاد بعضهم أنه لا بد من تكرار ذلك مرارا يحصل بها غلبه الظن، ليعلم الاتصاف بالملكه، و لعله مراد المبسوط أيضا، إذ من المعلوم عدم إراده الخصوصيه، بل لعل غير الفقيه أعرف منه فى طرق الاختبار المفيد ذلک، و من هنا لا ـ ينبغى مناقشه فى ذلک، و لا ـ فى ذكر الغزل و الاستغزال للإناث، مع أن ذلك غير واجب فى الرشد، و بنات الرؤساء ليس ذلك طريق اختبارهن.

و بالجمله البحث فى ذلك ليس وظيفه الفقيه، و لذا خلت عنه النصوص و بعض الأصحاب إنما ذكره على طريق التنبيه كما هو واضح، قال فى القواعد: «و يعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات، فإن عرف منه جوده المعامله و عدم المغابنه إن كان تاجرا أو المحافظه على ما يتكسب به، و الملازمه إن كان صانعا و أشباه ذلك فى الذكر و الاستغزال و الاستنساج فى الأنثى إن كانت و أشباهه حكم بالرشد،» إلى غير ذلک من عباراتهم التى ربما يوهم بعض ما فيها ذلک، لكن التأمل الصادق قاض بإراده ما ذكرنا، و قد سمعت فيها تقدم عباره المصنف فتأمل جيدا، و أما ما حكاه من القول بصحه بيعه للضروره و الأمر بالابتلاء، فمع انک قد عرفت ما فيه و لم نتحققه لأحد من أصحابنا عدا ما يحكى عن التحرير من الحكم بها.

نعم قد يظهر من قول المصنف و هل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح بيعه نوع تأمل فيه. بل قيل: إن الحكم بها هنا أولى منها فى مطلق بيع المميز الذى أفتى به بعضهم، و تردد فيه الفاضل فى القواعد، و من هنا حمل ما فيها فى المقام من قوله بعد العباره السابقه التى حكيناها عنه «و فى صحه العقد حينئذ إشكال» على ذلك، فيكون وجه الإشكال حينئذ معلوميه اشتراط البلوغ فى الصحه، و الضروره مع الأمر بالابتلاء، و كونه أولى من المميز، لكن جماعه قد استبعدوا الإشكال فى ذلك، على وجه لم يرجح، فحملوا العباره على ما بعد البلوغ، فظن بعض الناس أن

ذلک حینئذ خلاف من العلامه، و منهم فی محل الاختبار، و أنه عندهم بعد البلوغ، و قد عرفت عدم ذلک عندنا، و إنما هو لبعض العامه.

و التحقیق ما ذکرناه سابقا من أنه لو حملت علی ما بعد البلوغ یمکن أن لا یکون خلافا، بل یکون وجهه حینئذ فیما لو اتفق وقوع الاختبار بعد البلوغ لعارض من العوارض التی قدمناها سابقا، و یکون الإشکال حینئذ فیما لو صادف التصرف ظهور سفهه أو عدم ظهور رشده، فقد یقال بالصحه حینئذ لأصالتها، و إطلاق الأدله، و الأمر بالابتلاء، و الاضطرار إلی الاختبار، و لأن الفرض وقوع الاختبار بإذن الولی، فتکون عقوده حینئذ مصاحبه للاذن، و لغیر ذلک، و قد یقال: بالفساد، لمعلومیه اشتراط الرشد فی البیع و العلم بانتفائه بل الشک فیه کاشف عن تزلزل العقد السابق، و إن کان قد وقع مع الجهل بالحال.

نعم لو صادف الرشد واقعا اتجه الصحه، و لإطلاق ما دل علی بطلان معامله السفیه المنصرف إلی الواقع، بل عن الشهید أن الأقوال فی الفرض ثلاثه: الصحه مطلقا لأمر الشارع بذلک، و البطلان مطلقا، لاعتبار الرشد، و الثالث إن ظهر الرشد ظهرت الصحه، و إن ظهر السفه ظهر البطلان.

قلت: قد عرفت وجه الثالث بل و الأول الذی هو قوی بناء علی حصول الإذن من الولی فی ذلک، و إن کان للاختبار، أما الثانی فهو واضح الفساد، و کیف کان فحمل العباره علی ذلک ممکن و إن کان بعیدا، بل ربما نوقش فیما سمعته من وجوه الاشکال، و أنه یتعین الصحه حینئذ للإذن من الولی، و الأمر سهل بعد ان اتضح لک تحقیق الحال، و الله هو العالم.

[كتاب الضمان]

اشاره

كتاب الضمان

[تعريف الضمان]

الضـمان الذى هو عندنا على ما اعترف به غير واحد منا مشتق من الضمن لأنه ينقل ما كان فى ذمته من المال، و يجعله فى ضمن ذمه أخرى، أو لأن ذمه الضامن تتضمن الحق، فالنون فيه أصليه.

خلافا لما عن أكثر العامه من أنه غير ناقل، و إنما يفيـد اشتراك الـذمتين، فاشـتقاقه من الضم، و النون فيه زائـده، لأنه حينئذ ضـم ذمه إلى ذمه، فيتخير المضمون له فى المطالبه.

و فيه ما لا يخفى من منافاه وجود النون فى جميع تصاريفه، الا بدعوى اشتقاق ما فيه النون من الخالى عنها، و هو كما ترى.

و من صعوبه تحققه فى نحو ضمان النفس، و ظهور

قوله (عليه السلام)(۱)«الزعيم غارم»

فى اختصاص الغرم به، و لغير ذلك مما هو فى مذهب الخصم، بعد الغض عن عدم تصور شغل ذمتين فصاعدا بمال واحد، و قد بينا أن المشـغول به فى تعاقب الأيـدى على المغصوب ذمه واحـده، و هو من تلف فى يـده المال مثلا، و إن جاز له الرجوع على كل واحد، و إلا فهو مناف للمقطوع به من مذهبنا.

و أما الثمرات على القولين فهى واضـحه: منها صـحه الـدور فيه على مـذهبنا- كأن يضـمن الأصـيل ضامنه أو ضامن ضامنه، دون مـذهبهم- و التسـلسل كأن يضـمن أجنبى الضامن و هكذا لتحقق الشـرائط عندنا، فيرجع حينئذ كل ضامن مع الإذن بما أداه على الذى ضمن عنه، لا على الأصيل، و فى الأول يسقط الضمان، و يرجع الحق كما كان.

نعم يترتب عليه أحكامه كظهور إعسار الأصيل الذى صار ضامنا الموجب لخيار المضمون له فى فسخه، و الرجوع إلى المضمون عنه الذى صار ضامنا، و لا خلاف فى شى ء من ذلك بيننا، إلا ما يحكى عن المبسوط من منع الأول لاستلزامه صيروره الفرع

۱- ۱ المستدرك ج- ۲- ص ۴۸۹.

أصلا، و بالعكس، و لعدم الفائده، و رد بأن الأول غير صالح للمانعيه، و الثانى بذلك و بما سمعته من الفائده.

و على كل حال ف هو بالمعنى الأعم الشامل له بالمعنى الأخص و الحواله و الكفاله و لو على جهه المجاز عقد شرع للتعهد بمال أو نفس أو أثر العقد أو غيرهما على حسب ما عرفت البحث فيه فى كتاب البيع و التعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال، و قد لا يكون: فهنا ثلاثه أقسام.

التعهد بالنفس، و هو الكفاله، و التعهد بالمال ممن ليس عليه، و هو الضمان بالمعنى الأخص الذى يدخل فيه ضمان الأعيان بناء عليه، و ممن عليه له مال، و هو الحواله، و لكن سيأتى صحه الحواله على البرى ء، إلا أن هذا التقسيم جار على محل الوفاق، أو باعتبار هذا القسم من الحواله، و كون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضمانا خاصا و حواله، يسهل معه الخطب.

و على كل حال ف

[القسم الأول فى ضمان المال]

اشاره

القسم الأول: فى ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال، و هو المسمى بالضمان بقول مطلق الذى هو المعنى الحقيقى المتبادر عند الإطلاق، و ما تقدم سابقا من تقسيم الضمان إلى الثلاثه لا ينافى ذلك، إذ يمكن أن يكون بحسب المعنى المجازى بالعارض، و إن كان هو فى الأصل المعنى الحقيقى، إلا أنه قد يهجر أو أنه على جهه الاشتراك اللفظى بين المعنى العام و الخاص، و الاشتهار أحد قرائن تعيين الثانى عند الإطلاق، أو أنه باق على الاشتراك المعنوى، إلا أن الاشتهار قرينه على إراده تعيين الأخص عند الإطلاق.

لكن فى المسالك «أن الحواله و الكفاله فردان حقيقه بالنسبه إلى مطلق الضمان و إن كانا مجازين بالنسبه إليه بالمعنى الأخص، نحو ما قيل فى تقسيم مطلق الماء إلى المضاف و المطلق، و إن كان الأول مجازا بالنسبه إلى الماء المطلق».

و فيه ما لا يخفى إن لم يرجع إلى ما ذكرنا من منافاته للاصطلاح، و كونه فردا حقيقيا للمعنى المجازى لا يقتضى إطلاقه عليه حقيقه كما هو واضح، و مطلق الضمان إنما هو مفهوم لا لفظ خاص، إذ الكلام فى لفظ الضمان عند الإطلاق، و لعله لذا قال

بعد ذکر ما سمعت «و فیه بحث».

و علی کل حال فیه بحوث ثلاثه إذ البحث فی الصیغه و فی اعتبار لفظ خاص فیها و عدمه قد تقدم فی الکتب السابقه، و یأتی إنشاء الله تعالی بعض الکلام فیه.

[البحث الأول فی الضامن]

الأول: فی الضامن و لا بد أن یکون: مکلفا لما مر غیر مره من سلب عباره غیره فی أمثال المقام، بل لا بد أن یکون مع ذلک جائز التصرف الشامل للمقام و حینئذ ف لا إشکال فی أنه لا یصح ضمان الصبی و لا المجنون و لو مع إذن الولی.

و لو ضمن المملوک لم یصح إلا بإذن مولاه وفاقا لجماعه. منهم الشیخ، و الفاضل فی بعض کتبه، و الشهید، و الکرکی علی ما حکی عن بعضهم لا لما ذکر فی جمله من الکتب مما لا حاصل له بل لما فی الآیه(۱)من «عدم قدرته علی شی ء» المستدل بها علی ما قیل فی کثیر من النصوص علی منعه من تصرف غیر المال، فضلا عنه، فیعلم منها- مضافا إلی ظهور اللفظ فی نفسه- عدم اختصاص النفی بالمال، بل یکون ذلک هو الأصل فیه إلا ما خرج. و ما ثبت فی ذمته قهرا من عوض الإتلاف و نحوه لا ینافی ذلک، ضروره عدم کون ذلک من قدرته، و إنما هو من جعل الشارع، و لا أقل من الشک لذلک فی تناول العمومات لمثله، فیبقی أصل بقاء الحق علی حاله.

خلافا للمحکی عن التذکره، و المختلف، فیصح للعمومات السالمه عن معارضه الملکیه المقتضیه للمنع من التصرف المنافی لحق المولی، ضروره أنه علی الصحه یتبع به بعد العتق، و هو غیر مناف لشی ء من حقوق السید.

و فیه: أن نفی القدره علی شی ء أعم من ذلک نعم إذا أذن له مولاه صح عندنا فی محکی المبسوط، بل قولا واحدا فی محکی التذکره، للعمومات بعد معلومیه وجود الذمه له القابله لذلک، بدلیل ثبوت عوض ما أتلفه من المال فیها، إنما الکلام

۱- ۱ سوره النحل الآیه- ۷۵.

فی تعلق ذلک مع الإطلاق بکسبه، کما عن أحد قولی الشافعیه، بل أرسل القول به فی جمله

من کتب أصحابنا، و إن کنا لم نتحققه، أو فی ذمته و یتبع به بعد العتق کما هو مقتضی قول المصنف.

و یثبت ما ضمنه فی ذمته، لا فی کسبه إلا أن یشترطه فی الضمان باذن مولاه بل هو خیره الفاضل فی جمله من کتبه، و الشهید فی اللمعه، أو یکون علی المولی کما لو أذن له فی استدانه لمصالح نفسه، إذ الضمان قسم منها، کما عن أبی علی، بل مال إلیه فی جامع المقاصد و المسالک، بل زاد الأول منهم أنه إذا کان السید معلنا، بیع العبد و أدی ثمنه فی کفالته عن المعسر، مع أن العبد لا یباع فی الدین، أو یتعلق برقبته ذمته کأرش الجنایه کما عن بعض الشافعیه، بل فی المحکی عن نسختین من التحریر ذلک إلا ان الظاهر إراده ذمته منها، لعدم الدلیل علی ذلک، بعد حرمه القیاس عندنا، و معلومیه کون الضمان نقل الدین من ذمه إلی ذمه کما أنه لا یخفی علیک ما فی سابقه، ضروره کون البحث فی الإذن من السید بالضمان، علی أن یکون الدین فی ذمه العبد، لا أنه وکیل عنه فی ذلک أو کالوکیل، علی أنه فرق واضح بین إطلاق الإذن فی المقام، و بینه فی الاستدانه المقتضیه ملک العین المستدانه، علی أن یملک صاحبها مثلها أو قیمتها فی ذمه المستدین، و العبد لا قابلیه له لذلک، لما حررناه من عدم ملکه لشی ء، فلا وجه لإطلاق الاستدانه، إلا علی السید بخلاف المقام الذی لا ملک فیه، فما فی المختلف و غیره- من بناء الحکم هنا علی الحکم هناک الذی لم یخالف فی کونه علی المولی إلا النادر- فی غیر محله قطعا، فلیس الشک حینئذ إلا فی القولین الأولین، و الأول منهما و إن کان لم نعرف القائل به من الأصحاب إلا أنه لا یخلو من قوه، إن کان المراد به عدم جواز منع السید له إذا أراد وفاء ذلک من کسبه، باعتبار حصول الإذن منه فی إثبات ذلک فی ذمته، فیتعلق به حینئذ خطاب وفاء الدین، کما أنه یتعلق به خطاب مطالبه الدیان.

إما لاستفاده الإذن عرفا فی ذلک من الإذن فی الضمان، أو لترجیح أدله وفاء الدین و المطالبه به علی ما دل علی تسلط السید علی عبده باعتبار حصول الإذن منه

المقتضيه زوال الحجر عنه، و صيرورته بها كالحر المعسر مثلا الذى يجب عليه التكسب فى وفاء دينه، أو لا يمنع من ذلك لو أراده.

و من ذلك يظهر لك ما فى جمله من الكلمات المذكوره فى المسالك و غيرها، حتى ما ذكر دليلا للمصنف من أن الإذن فى الضمان أعم من الإذن فى الوفاء من كسبه الذى هو أحد أموال السيد، بل أقصاها صيروره ذمه العبد قابله لثبوت ذلك فيها، إذ هو جيد مع تصريح المولى بذلك، أما مع الإطلاق فالمفهوم عرفا تبعيه خطاب الوفاء و المطالبه لها على الوجه الذى سمعته، بل قد يستأنس له فى الجمله بثبوت الكفاره عليه بالاذن له فى الإحرام، و حرمه قطع الصلاه عليه بالإذن له بالدخول فيها، و نحو ذلك مما يتبعه الحكم الشرعى بعد الاذن من السيد فى موضوعه و عنوانه، هذا كله مع الإطلاق، أما مع الاشتراط فلا إشكال بين من تعرض لذلك فى صحته حينئذ و تعلقه و يكون كما لو شرط الضمان من مال بعينه الذى أشار إليه المصنف بقوله.

و كذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين و إن كان لا يخفى عليك الفرق بين الموضوعين، ضروره كون الثانى اشتراط كون الضمان فى مال معين من أموال الضامن، و ستسمع تحقيق الحال، بخلاف المقام، فان الكسب ليس من أموال العبد، و الفرض أن الضمان فى ذمته فهو حينئذ نحو الضمان فى مال الغير باذن الغير و قد يستشكل فى صحته، اللهم الا أن يجعل كإرهان مال الغير باذنه، على أن الكسب ليس مالا موجودا فى الخارج، و انما هو متجدد آنا فآنا، و يمكن عدم حصوله أصلا، فالأوجه حينئذ جعل هذا الشرط على إراده الاذن من السيد فى وفاء ما ضمنه من كسبه، و رفع الحجر عنه فى ذلك، و حينئذ فلو أعتق العبد قبل إمكان تجدد شى ء من الكسب لم يكن إشكال فى بقاء الحق عليه، فيجب عليه أداؤه من كسبه، أو من غيره من المال الذى يحصل له، لكن فى المسالك «هل يبقى التعلق به بعد العتق أم يبطل الضمان لفوات المحل المعين لأداء المال، لانصراف الإطلاق إلى الكسب الذى هو ملك المولى، و قد فات، الظاهر من كلامهم الأول، فإن ذلك هو معنى: فإذا أعتق صار كسبه و ما فى يده سواء، و مع ذلك لا يسمى فى اصطلاح الشرع كسبا، و إن أطلق

علیه لغه، لکن یشکل علی هذا صحه اشتراطه فی کسبه حال عبودیته، لأن السید لا حق له فیه، فلا مدخل لإذنه فیه، و العبد لم یکن حین الضمان یقدر علی شی ء، اللهم إلا أن یقال: بصحه ضمانه بغیر اذن سیده کما مر، فهنا أولی».

قلت: ما استظهره من کلامهم کذلک، و هو دلیل علی إراده ما ذکرناه من الشرط المزبور، لا أنه من قبیل الضمان فی مال بعینه و إلا لاتجه فیه ما تسمعه من الکلام فی ذلک.

ثم قال: «و یتفرع علی ذلک ما لو مات العبد قبل إمکان الأداء، فهل یلزم المولی الأداء لما بقی یحتمله، لأن إذنه له فی الضمان فی کسبه کإذنه فی الضمان فی مال بعینه من أمواله، فإذا تلف المال یعود الضمان إلی ذمه صاحب المال علی الخلاف، و لو قلنا بعدم عوده الیه فلا اشکال، و یحتمل عدم لزومه للمولی، و إن قلنا به ثمه، لأن الکسب لیس کمحض مال السید، بل حق له، و لهذا قیل: لو أعتق بقی متعلقا بکسب المعتق فدل علی أنه لم یتعلق بالمولی محضا، و لیس فی کلام الأصحاب هنا ما یدل علی شی ء و إن کان الأوجه ابتناؤه علی مسأله تعیین الأداء من مال بعینه».

و هو من غرائب الکلام، إذ المفروض أن العبد هو الضامن، لا المولی، فأی وجه لاحتمال عود الضمان إلی المولی بموت العبد، نعم یتوجه ضیاع المال علی صاحبه إلا إذا أراد به استیفاءه من الحقوق نحو الضامن المعسر کما هو واضح، و لو فرض المقام علی وجه یکون کاشتراط الضمان من مال بعینه، لم یکن بد من اجراء ما تسمعه فیه، و لا معنی حینئذ لدعوی ظهور کلامهم فی بقاء التعلق مع العتق.

و أما الکلام فی اشتراط الضمان فی مال بعینه فلا أجد خلافا فی صحته، لعموم (۱)

«المؤمنون»

و غیره و یتعلق حق الدین المضمون به.

لکن فی المسالک و غیرها: هل هو تعلق الدین بالرهن؟ أو تعلق الأرش بالجانی؟

وجهان مأخذهما أن الضمان ناقل للدین إلی ذمه الضامن، لأن موضعه إنما هو الذمه و تخصیص هذا المال أفاد انحصار المطالبه الآن فیه، لأن مقتضی الضمان ابتداء التعلق بها، و أن الضامن لم یشغل ذمته علی الإطلاق، و إنما حصر الاستحقاق فی المال المعین،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۴.

و جعله متعلق حق المضمون له، فينحصر حقه فيه ابتداء، من غير تعلق بالذمه.

و يظهر الفائده فى أمور منها: التلف بغير تفريط، فعلى الأول: ينتقل إلى ذمه الضامن، لأن تلف الرهن لا يسقط الحق، و على الثانى: إلى ذمه المضمون عنه، لأن فوات العبد الجانى إنما يسقط الحق عن مالكه، و مالك المال هنا هو الضامن، فيسقط عنه.

و اما المضمون عنه فانتقال المال عن ذمته ليس انتقالا تاما، لأنه لم يتعلق بذمته، و إنما تعلق بمال تعلقا ضعيفا، فإذا مات عاد إلى ما كان، مع احتمال السقوط عنهما فى الموضعين على التقديرين، أما عن الضامن فلأنه لم يقدم على الضمان إلا فى ذلك المال، و لم يلتزم الأداء من غيره، عملا بالشرط و قد فات فيبطل الضمان و يعود إلى ذمه المضمون عنه، و أما احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلقه كالجانى، فلأن الضمان لما كان ناقلا برءت ذمه المضمون عنه بالضمان كيف كان، فلم يبق للمضمون له عليه حق، و لا الضامن إلا بما أدى، و لم يحصل.

لكن لا يخفى عليك ما فى أصل الاحتمال الثانى، ضروره عدم صلاحيه الضمان لإثبات مثل هذا التعلق بعد أن كان هو نقل الدين من ذمه إلى أخرى، و كذلك الشرط الذى هو بمعنى الإلزام، و على تقديره فلا وجه لاحتمال عوده إلى ذمه المضمون عنه، بعد انتقاله عنها إلى المال المخصوص، و إنما المتجه أن يقال: إن هذا الشرط إما أن يكون من المضمون له، أو الضامن، أو منهما، فان كان الأول تخير مع تلفه فى فسخ الضمان، و العود إلى المضمون عنه و عدمه، و إلزام الضامن الأداء من غيره، و إن كان الثانى تخير الضامن، و إن كان الثالث تخير كل منهما على قاعده فوات الشرط فى غير هذا العقد من العقود اللازمه، إذ هو بناء على ما ذكرناه من عدم مشروعيته بالمعنى المزبور لا معنى له لاشتراط الأداء من المال المخصوص، و يمكن رجوع ما عن التذكره من الرجوع على الضامن مع التلف مطلقا إلى ما قلناه بناء على عدم اختياره الفسخ، كما أن ما عن الشهيد فى بعض فتاواه من اختيار بطلان الضمان كذلك، على معنى اختياره الفسخ، بل هو أولى مما فى المسالك- من أنه «يمكن دفع المنافاه بين

تعلق الذمه و المال المعين مع الحكم بالبطلان على تقدير تلفه. بأن يجعل التعلق بالذمه مشروطا بالأداء من المال عملا بمقتضى الشرط أو يجعل هذا تعلقا برأسه خارجا عن التعلقين، إذ لا دليل على الانحصار فيهما، و إنما هو من مناسبات الشافعيه و حينئذ فيجعل التعلق مخصوصا بالعين وفاء بالشرط، فإن التزام المال من غير المعين لم يتعلق به قصد الضامن، و لا دل عليه لفظ» إذ هو كما ترى، بعد ما ذكرنا، مضافا إلى معلوميه أن تعذر الشرط في العقود اللازمه إنما يقتضى انتفاء اللزوم لا الصحه، و إلا كان تعليقا كما هو محرر في محله، فالتحقيق ما ذكرناه، و لا ينافيه دعوى عدم قابليه عقد الضمان للخيار كالنكاح و الوقف، و نحوهما، إذ هي مجرد دعوى لا سند لها، بل مقتضى العمومات خلافها.

و بذلك كله ظهر لك وجه النظر فيما ذكرناه من كلامه و من تبعه، بل و فيما لم نذكره فلاحظ و تأمل و حينئذ فلا ريب في إكمال الضامن مع نقصان المال الذى تعلق الضمان به، كما أنه لا ريب في كونه المطالب بتحويله إلى جنس الحق، لما عرفت من كون المال في ذمته، و هو المخاطب بأدائه من هذا المال.

و من الغريب احتمال عدم ضمانه النقصان، كاحتمال براءه ذمه الضامن و المضمون عنه بتعذر المال المشترط فيه الضمان المتقدم سابقا، إذ هما منافيان للأصول و الضوابط ثم لا يخفى عليك أن اقتصار المصنف على المملوك في التفريع على ما ذكره من جواز التصرف مشعر بجواز الضمان من المفلس بل و السفيه، و أنهما ليسا ممنوعين منه، بل هما جائز التصرف بالنسبه اليه، و هو كذلك في المفلس، و إن كان لا يشارك المضمون له الغرماء.

أما السفيه فقد أطلق غير واحد عدم جواز ضمانه، لانه تصرف مالى كالاقتراض و الهبه، و هو كذلك لكن ربما احتمل الجواز برضى المضمون له على ان يتبعه به بعد فك الحجر، لكنه كما ترى، ضروره أنه مع الحجر عليه لا تقبل ذمته ذلك على وجه يكون من ديونه، بحيث يتعلق بتركته بعد موته مثلا، و إلا لجاز بيعه كذلك كما هو واضح.

و كيف كان ف لا يشترط علمه أى الضامن ب اسم المضـمون له و نسبه و لا المضمون عنه كذلك كما فى الخلاف و الغنيه، و التحرير، و الإرشـاد، و المختلف، و جامع المقاصـد، و المسالك، و الروضه، و الكفايه، و المفاتيـح، و الرياض على ما حكى عن بعضها، بل نسبه بعضهم إلى الأكثر، بل فى محكى التذكره لو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا.

و قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و تبعه المقداد فى المحكى عن تنقيحه يشترط علمه بذلك، لحصول المعامله بين الضامن و بينه، فافتقر الى معرفته للحاجه، و للغرر و الضـرر بـدون ذلك، و لينظر هل يسـتحق ذلك عليه أو لا، و لأنه إحسان و لا بد من معرفه محله، و إلا لجاز وضعه فى غير أهله فلا يستفيد إلا محمده اللئام.

و لا ريب فى أن الأول أشـبه بأصول المـذهب و قواعده التى منها العمومات السالمه عن معارضه ما يقتضـى ذلك، ضـروره عدم اقتضاء المعامله بينهما المعرفه المزبوره، كالبيع، و الإجاره، و غيرهما، و لا نهى عن الغرر المزبور الـذى قـد أقـدم عليه الضامن، و النظر فى اسـتحقاق ذلك لو سـلمنا اعتباره، لا يقتضى اعتبار المعرفه المزبوره على أنه يمكن معلوميته بدونها، و الأخير لا يستأهل جوابا، كل ذلك مضافا إلى

المنقول من «ضمان أمير المؤمنين (عليه السلام)(۱)الدرهمين عن ميت امتنع رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن الصلاه عليه»،

و ضمان قتاده(۲)الدينارين عن آخر كذلك.

لكن لا بد أن يمتاز المضـمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد إلى الضمان عنه بلا خلاف و لا إشكال، ضروره عدم العبره بالقصد إلى ضـمان المبهم المتردد فى الواقع، لعدم الدليل عليه، بل ظاهر الأدله خلافه، بل لعله من المقطوع به إلا أنه أشـكله فى المسالك بمنع توقف القصد على ذلك، فإن المعتبر القصد الى

الضـمان و هو التزام المال الـذى يذكره المضـمون له مثلا فى الذمه، و ذلك غير متوقف على معرفه من عليه الدين، فالدليل إنما دل على اعتبار القصد فى العقد، لا فيمن كان عليه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام الضمان الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام الضمان الحديث ۳.

الدين، فلو قال لشخص مثلا إنی أستحق فی ذمه شخص مأه درهم فقال له آخر:

ضمنتها لک کان قاصدا إلی عقد الضمان، عن أی من کان علیه الدین، و لا دلیل علی اعتبار ما زاد عن ذلک.

و فیه: انک قد عرفت بکون المراد الامتیاز عند الضامن علی وجه لا یکون مبهما بحیث لا یصح معه القصد إلی الضمان، کما لو قال: ضمنت لک أحد دینیک مثلا، فلا یرد المثال الذی ذکره، لأنه من الممتاز علی وجه یصح للضامن قصده، و إن لم یکن معلوما له بعینه.

نعم لو أراد الضامن الضمان عمن هو متشخص عنده لم یکتف بذلک قطعا، و إلی ما ذکرنا یرجع ما عن التذکره حیث قال: «و هل یشترط معرفه ما یمیزه عن غیره، الأقرب العدم، بل لو قال: ضمنت لک الدین الذی لک علی من کان من الناس جاز، نعم لا بد من معرفه المضمون عنه بوصف یمیزه عند الضامن بما یمکن معه القصد إلی الضمان عنه، لو لم یقصد الضمان عن أی من کان».

فمن الغریب ما فی المسالک من دعوی موافقه هذا الکلام من التذکره لما اختاره لا لما ذکره المصنف و هو عند التأمل الصادق عین ما فی المتن.

و أغرب من ذلک ما وقع من بعضهم من أنه بناء علی اعتبار القبول لفظا- کما علیه الأکثر و إن لم یصرحوا به، لمکان تصریحهم بأنه عقد لازم- اقتضی ذلک تمییزه لا أزید من ذلک، و إن لم نعتبره کما یدل علیه واقعه المیت المدیون (۱)الذی امتنع النبی (صلی الله علیه و آله) من الصلاه علیه حتی ضمنه علی (علیه السلام) لم یعتبر علمه بوجه، و هذا هو الظاهر من عباره المصنف حیث اعتبر رضاه و لم یعتبر فیه عقدا و لا قبولا مخصوصا، و لا امتیازه هنا مع اعتباره امتیاز المضمون عنه، إذ لا یخفی علیک أنه لا إشکال فی اعتبار القبول فیه، لأنه لا إشکال فی کونه من العقود، و لکن ذلک لا یقتضی المعرفه المزبوره فیصح حینئذ ضمانه له و إن لم یشخصه، و إن حصل القبول منه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحکام الضمان الحدیث- ۲.

نعم لا بد من الامتياز الذى ذكرناه المقابل بالإبهام، و لعل اقتصار المصنف على ذكره فى المضمون عنه للاكتفاء عنه فى المضمون له بذكره سابقا أنه من العقود، و لا ريب فى اقتضائها ذلك قطعا فى أركانها التى منها المضمون له، و بما يذكره الآن من اعتبار رضاه المحتمل، أو المظنون، أو المقطوع إراده القبول منه المتوقف على التمييز المزبور قطعا.

بل لا بد فيه من نظم العقد حينئذ بالاتصال و العربيه بل و الماضويه و الصراحه الوضعيه، بناء على اعتبارهما و غير ذلک مما يعتبر فى العقد اللازم، و إن كان الذى قدمناه سابقا التوسعه عندنا لفظا إيجابه و قبوله، و أنه يكفى كل ما دل على ذلک على حسب غيره من الخطابات، من غير فرق بين الحقيقه و المجاز و الماضويه و غيرها و قد أشبعنا الكلام فيه و المقام أحد أفراده و بذلک كله بان الكلام فى جميع أطراف المسأله و إن ذكر فى الرياض أن فيها أقوالا أربعه:

و فى اعتبار العلم بالمضمون عنه و المضمون له بالوصف و النسب، كما عن المبسوط أو بما يتميزان به عن الغير خاصه كما فى اللمعه أو العدم مطلقا كما عن الخلاف، و فى الغنيه و هو ظاهر العباره، و صريح الشرائع و الفاضل فيما عدا المختلف و المسالک و الروضه، أو يعتبر معرفه الأول بما يتميز خاصه دون الثانى كما فى المختلف- أقوال أربعه أجودها ثالثها.

لكن لا يخفى عليک ما فيه، بل و ما فى مختاره بعد الإحاطه بما ذكرناه، كما أنه لا يخفى ما فى حكايته عن المختلف بعد ملاحظه آخر كلامه، بل و لا ما فى تحريره الخلاف المزبور على الوجه المذكور، بل لو لا شهره حكايه الخلاف عن المبسوط لأمكن حمله بقرينه تعليله على إراده معلوميه الحق، و هو غير ما نحن فيه.

و كيف كان فلا إشكال بناء على ما عرفت فى أنه يشترط رضا المضمون له فى صحه الضمان، بل لا خلاف معتد به أجده فيه، بل فى محكى التحرير و الغنيه الإجماع عليه، و هو الحجه بعد الأصول المقتصر فى الخروج عنهما على الضمان

برضا المضمون له، و

صحیح ابن سنان (۱)عن الصادق (علیه السلام) «فی الرجل یموت و علیه دین فیضمنه ضامن للغرماء؟ فقال: إذا رضی به الغرماء فقد برءت ذمه المیت»

و فی الفقه المنسوب الی مولانا الرضا (علیه السلام)(۲)«و إن کان لک علی رجل مال و ضمنه رجل عند موته، و قبلت ضمانه فالمیت قد برأ، و قد لزم الضامن رده»

مضافا إلی ما فی انتقال الدین من ذمه المدیون إلی أخری بدون رضی الدیان من الفساد، و ضیاع حقوق الناس المعلوم ضروره من الشریعه خلافه، و إلی ما یشعر به ما تسمعه من خبر عبد الله بن الحسن (۳)و غیر ذلک، فما عساه یظهر مما عن الخلاف- من أن اعتبار رضاه أولی من الخلاف فی ذلک- واضح الفساد.

و أغرب من ذلک الاحتجاج له بضمان أمیر المؤمنین (علیه السلام)(۴)و أبی قتاده(۵)الدین عن المیت، و لم یسأل النبی (صلی الله علیه و آله) عن رضی المضمون له- الذی هو بعد الغض عن سند روایته- لا دلاله فیه علی ذلک، بل لعله دال علی خلافه، ضروره اشتماله

علی وقوع الضمان الذی هو عباره عن الإیجاب و القبول من المضمون له، و الإیجاب وحده لیس بضمان، فلا حاجه حینئذ إلی الجواب بأنها واقعه لا عموم فیها، و بأن ذلک إنما یدل علی عدم البطلان قبل علمه و رده، و نحن نقول بموجبه، لأنه صحیح، و لکن لا یلزم إلا برضی المضمون له، و بأن النبی (صلی الله علیه و آله) قد قبل، لأنه أولی بالمؤمنین من أنفسهم، و بحصول إذن الفحوی من المضمون له، و بغیر ذلک مما لا یخفی علیک ما فیه بعد معلومیه امتناع النبی (صلی الله علیه و آله) عن الصلاه علیه من جهه شغل ذمته، و أنها برءت بالضمان، فصلی و الضمان الفضولی لا یفیده براءه فعلیه، و أن ولایه النبی (صلی الله علیه و آله) فی غیر قبول العقود، و الفحوی لا تکفی فی تحقق البراءه فعلا فالتحقیق حینئذ فی الجواب ما عرفت.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الدین و القرض الحدیث- ۱.

۲- ۲ المستدرک ج- ۲- ص ۴۹۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحکام الضمان الحدیث- ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحکام الضمان الحدیث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحکام الضمان الحدیث ۳.

و أغرب من ذلك الاستدلال له ب

موثق «إسحاق بن عمار(۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) فی الرجل یکون علیه دین فحضره الموت فیقول ولیه: علی دینک؟ قال: یبرؤه ذلک و إن لم یوفه ولیه من بعده، و قال: أرجو أن لا یأثم و إنما إثمه علی الذی یحبسه»

الذی هو مطلق محمول علی المقید، و ب

موثق الحسن بن الجهم (۲)«سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن رجل مات و له علی دین و

خلف ولدا رجالا و نساء و صبیانا فجاء رجل منهم فقال:

أنت فی حل مما لإخوتی و أخواتی و أنا ضامن لرضاهم عنک، قال تکون فی سعه من ذلک و حل، قلت: و إن لم یعطهم قال: ذلک کان فی عنقه، قلت: فإن رجع الورثه علی فقالوا: أعطنا حقنا فقال: لهم ذلک فی الحکم الظاهر، فأما بینک و بین الله فأنت فی حل منها إذا کان الرجل أحلک یضمن رضاهم، قلت: فما تقول فی الصبی، لأمه أن تحلل؟ قال: نعم إذا کان لها ما ترضیه و تعطیه، قلت: فإن لم یکن لها مال قال:

فلا، قلت: فقد سمعتک تقول أنه یجوز تحلیلها، فقال: إنما أعنی بذلک إذا کان لها مال».

و صحیح حبیب الخثعمی (۳)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «قلت له: الرجل یکون عنده المال ودیعه یأخذ منه بغیر إذن صاحبه؟ قال: لا یأخذ إلا أن یکون له وفاء قال:

قلت: أ رأیت إن وجد من یضمنه و لم یکن له وفاء و أشهد علی نفسه الذی یضمنه یأخذ منه؟ قال: نعم».

الذی لا یخفی علیک مخالفه ظاهر الأول للإجماع، باعتبار اشتماله علی الإبراء من دون إذنهم، و إنما ضمن رضاهم، و هو لیس من الضمان المصطلح، و تأویله بالضمان من دون رضاهم لیس بأولی من ضمانه برضاهم، و لکن لا بینه له علی ذلک، فکان فی الحکم الظاهر لهم مطالبته مع إنکارهم لذلک.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب أحکام الدین و القرض الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحکام الضمان الحدیث- ۱- باختلاف یسیر.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحکام الودیعه- الحدیث ۱.

و أما الثانى فليس دالا إلا على جواز الأخذ من الوديعه إذا لم يكن له مال، و كان قد تعهد له شخص بوفاء ذلك عنه، و لا ريب أنه خارج عما نحن فيه، و محمول على إذن المودع بذلك.

فمن الغريب وسوسه بعض متأخرى المتأخرين فى الحكم المزبور لذلك، مما هو غير صالح لمعارضه بعض ما عرفت، خصوصا بعد كون المسأله من قطعيات الفقه و ضرورياته، بل لعل الوسوسه فيها جهل بمذاق الفن و مذاق الشرع، بل قد عرفت أنه لا بد من رضى المضمون له بعنوان القبول الذى يتم به العقد، لما عرفت من المفروغيه عن كون الضمان عقدا محتاجا إلى الإيجاب و القبول، بل لا بد فيهما من جميع ما هو معتبر فى العقود اللازمه من الاتصال و العربيه و غيرهما.

نعم يقوى عندنا فيه و فى غيره من العقود اللازمه عدم اعتبار لفظ مخصوص و لا هيئه مخصوصه، بل كلما أفاد إنشاء ذلك و لو بالجمله الاسميه، أو بالمجاز أو نحو ذلك، كما أوضحناه فى البيع و غيره.

و منه يعلم حينئذ تحقق عقد الضمان بنحو «على دين زيد» أو عندى أو نحوهما مما يقصد به إنشاء التعهد بذلك، و قرنه القبول من المضمون له، فما عن الإيضاح و المقدس الأردبيلى- من اعتبار الرضا دون القبول العقدى، لأنه التزام أو إعانه للمضمون عنه، و توثيق للمضمون له، و ليس هو على قواعد المعاملات- واضح الضعف كقول العلامه فى القواعد «و فى اشتراط قبوله احتمال» إذ الجميع كما ترى، ضروره عدم منافاه التوثيق و نحوه للعقديه، إذ هو حينئذ كالرهن، بل أولى لما فيه من انتقال المال من ذمه إلى ذمه أخرى، على أن الأصل عدم ترتب شى ء عليه، إذا لم يكن بصوره العقد.

نعم لا عبره برضا المضمون عنه بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه لأن الضمان كالقضاء للدين المعلوم عدم اعتبار الرضا فيه، و لإطلاق الأدله و عمومها، و لما سمعته من واقعه ضمان أمير المؤمنين (عليه السلام) و غيره عن الميت، بل لو أنكر و أبى بعد الضمان لم يبطل، على الأصح للأصل و غيره من الأدله

التی سمعتها، خلافا لما فی النهایه قال: «و متی تبرع الضامن من غیر مسأله المضمون عنه، و قبل المضمون له فقد برأ المضمون عنه، إلا أن ینکر ذلک و یأباه، فیبطل ضمان المتبرع، و یکون الحق علی أصله لم ینتقل عنه بالضمان».

و ربما تبعه علیه غیره، لکن لم نجد له دلیلا، بل ظاهر الأدله خلافه، و أنه لا عبره برضاه، و لا رده و إباؤه مانع، سواء کان ذلک قبل الضمان أو بعده، و مما سمعته من النهایه یعلم إراده ما فسرناه من الإنکار فی عباره المتن، لا جحود ضمان الضامن الذی قد یفرض اعترافه بالضمان، علی أنه لا وجه لاحتمال بطلان الضمان بذلک.

و کیف کان ف مع تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحه ینتقل المال إلی ذمه الضامن و یبرأ المضمون عنه و حینئذ تسقط المطالبه من المضمون له عنه لعدم الحق له فی ذمته، بلا خلاف فی شی ء من ذلک عندنا و لا إشکال، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل لعله من ضروریات الفقه.

نعم قد عرفت مخالفه الجمهور- فی ذلک، باعتبار أن الضمان عندهم ضم ذمه إلی ذمه أخری و بطلانه، و حینئذ ف لو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم یبرأ الضامن من هذه الحیثیه علی قول مشهور لنا بل مجمع علیه بیننا، ضروره عدم المحل للبراءه المزبوره بعد ما عرفت من براءه ذمته بالضمان عندنا، و إنما محلها حینئذ ذمه الضامن، فإذا أبرأه برءا معا، و إن کان الضمان بالإذن، لعدم استحقاق الرجوع علیه إلا بالأداء الذی قد انتفی محله بالإبراء، فینتفی الحق عنه للضامن الذی قد فرضنا براءه ذمته من المضمون له.

نعم قد یقال باستفاده براءه ذمه الضامن من براءه ذمه المضمون عنه، و إن لم یکن لها محل، باعتبار ظهور ذلک فی إراده رفع الید عمن هو علیه، و إن کان متعلقها المضمون عنه، إلا- أن ذلک لو سلم فهو خروج عما نحن فیه، ضروره کون المراد من الحیثیه المزبوره، لا- من حیث دعوی دلا-له العرف علی إراده البراءه للضامن أیضا، مع أنها واضحه المنع علی مدعیها مع عدم القرائن، و کل ذلک تفریع علی مذهبنا.

أما علی مذهب الجمهور فلا إشکال فی صحه البراءه المزبوره، لأن الحق باق

عنـدهم. بل المحكى عنهم ان براءه ذمه الضامن لا يقتضـى براءه ذمه المضـمون عنه، بخلاف العكس، لأنها من قبيل الوثيقه عند الـديان، فتلفها لا يقتضـى سـقوط الحق بخلاف براءه ذمه المضـمون عنه فإنها تقتضـى براءه ذمه الضامن التى هى وثيقه على ذمه المضـمون عنه، المفروض براءتها، فتفك حينئـذ الوثيقه، و هى كما ترى قياس و اسـتحسان و تحـدس لا يوافق أصول الشـريعه و قواعدها، و لعل قول المصنف على قول مشهور لنا إشاره إلى ما ذكرناه من الاحتمال، لا لوجود خلاف فى المسأله، إذ قد عرفت أنها من قطعيات فقه الشيعه أو ضرورياته.

و كيف كان فلا خلاف عندنا فى أنه يشترط فيه أى فى لزوم الضـمان الملاءه أو العلم من المضـمون له بالإعسار و الرضا به، بل عن ظـاهر الغنيه الإجمـاع، و السـرائر نسـبته إلى أصـحابنا و جـامع المقاصـد ظاهرهم أن هـذا الحكم موضع وفاق، و لعل ذلك- مضافـا إلى قاعـده الضـرر، و بناء الضـمان على الارتفاق، و إراده الأداء و ما عساه يشـعر به ذيل خبر ابن الجهم (۱)المتقدم، و ما تسمعه من النصوص (۲)فى الحواله الداله على ذلك، و هى أخت الضـمان- دليل الحكم المزبور، و حينئذ فإذا كان الضامن مليا أو معلوم الإعسار عند المضمون له لزم بالضمان بلا خلاف و لا إشكال.

أما لو ضـمن ثم بان إعساره، كان للمضـمون له فسخ الضـمان، و العود على المضـمون عنه قيل: و ليس هو كالبيع إلى أجل مثلا فبـان إعسـاره، للفرق الواضـح بينهما بالنسـبه إلى الأداء، لكن ذلك إذا كان معسـرا حال الضـمان، أما إذ تجـدد فلا خيار لأصاله اللزوم، بل قد يقوى عدم الخيار أيضا لو كان معسرا حال الضمان و لم يعلم به حتى تجدد يساره، للأصل أيضا، و لا ينافى الخيار المزبور سـبق رضـى المضـمون له لضـمانه حال عدم العلم بإعساره، كما أنه لا فرق فى ثبوته بين إعسار المضمون عنه، و عدمه، لإطلاق الفتوى المقتضـى أيضا عـدم الخيار مع الملاءه و إن لم يكن وفيا بل ظاهرهم عدم ثبوته بغير ذلك من وجوه الضـرر، أو تعسر الاستيفاء، و لكنه لا يخلو من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام الضمان.

نظر، بل ظاهرهم أن الإعسار كاف فی ثبوت الخیار المزبور و إن كان الضمان مؤجلا و أن الیسار حین الضمان كاف فی لزومه و إن أعسر عند الأجل.

كل ذلك مع عدم العلم به كما عرفت، و إلا فمع العلم به أو الرضا به علی كل حال فلا إشكال،(۱)

«و قد احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع علیه غرماؤه و طالبوه بدین لهم، فقال لهم: لا مال عندی فأعطیكم، و لكن ارضوا بمن شئتم من ابنی عمی، علی بن الحسین علیهما السلام أو عبد الله بن جعفر، فقال الغرماء: عبد الله بن

جعفر ملی مطول، و علی بن الحسین علیهما السلام رجل لا مال له صدوق و هو أحبهما إلینا، فأرسل إلیه فأخبره الخبر، فقال أضمن لكم المال إلی غله و لم تكن له غله فقال القوم: قد رضینا و ضمنه فلما أتت الغله أتاح الله له المال فأداه»

ثم إن هذا الخیار علی الفور أو التراخی؟

وجهان ذكرناهما فی نظائره، و قلنا: إن الأصل یقتضی الثانی منهما كما اعترف به غیر واحد.

و كیف كان ف الضمان المؤجل للدین الحال جائز بلا خلاف أجده كما اعترف به بعضهم بل إجماعا كما فی المسالك و محكی التنقیح و إیضاح النافع، و غیرها، للعمومات السالمه عن المعارض، إذ هو تأجیل للدین، لا تعلیق للضمان إلی الأجل، و احتمال كون الضمان نقل الدین علی ما هو علیه بحیث لا یختلف فی حلول و تأجیل لا قائل به، و لا شاهد علیه، بل مقتضی العمومات خلافه.

نعم هل یكون هذا الأجل للدین، أو هو أجل للضمان؟ و تظهر الثمره فیما لو أدی الضامن من قبل الأجل، فإنه لا یستحق الرجوع علی الأول، بخلاف الثانی الذی لا یخلو من قوه، بل هو صریح المسالك و غیرها فی المسائل الآتیه، و أما ضمانه للدین المؤجل بأزید من أجله أو مساویه أو أنقص فلا أجد فیه خلافا محققا كذلك، بل ظاهر المتن أنه من معقد الإجماع علیه، بل یمكن دعوی الإجماع علیه، بل عن فخر الإسلام أن ضمان المؤجل بمثل أجله یصح إجماعا و عن الشیخ و إیضاح النافع أن ضمان المؤجل بأزید من أجله یصح إجماعا مضافا إلی انه مقتضی العمومات أیضا.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحكام الضمان الحدیث- ۱.

نعم ربما ظهر من تعليل المنع فى المسأله الآتيه المنع فى المساوى، باعتبار عدم الإرفاق فيه، كما أنه يستفاد المنع فيما لو كان الأجل أنقص مما تسمعه من تعليل فخر الإسلام و الكركى المنع فى بعض الصور الآتيه، بأنه ضمان ما لم يجب، إلا أن الجميع ستعرف ضعفه، على أنه لا معنى لإثبات الخلاف من أمثال هذه التعليلات بالتى نذكر دليلا للمخالف من غيره، و منه يعلم الجواز حينئذ فى جميع صور المقام من غير فرق بين الضمان بالإذن و التبرع.

و فى الضمان الحال، تردد و خلاف، ففى محكى المقنعه و النهايه لا يصح ضمان نفس أو مال إلا بأجل، و فى محكى الوسيله إنما يصح الضمان بتعيين أجل المال و عد فى محكى الغنيه من شروط صحته أن يكون إلى أجل معلوم، ثم عد شرطين آخرين، و ادعى الإجماع.

و ظاهر هذه العبارات اعتبار الأجل فى الضمان على نحو اعتباره فى السلم، و هو الذى أشار إليه فى المتن بقوله تردد، و لكن أظهره الجواز وفاقا لغير من عرفت من الأصحاب، حتى من الشيخ فى المحكى عن المبسوط، للعمومات السالمه عن معارضه ما يقتضى اعتبار الأجل فيه كالسلم، و إجماع الغنيه- بناء على شموله للفرض مع عدم الشاهد له، و مصير من عرفت من الأصحاب إلى خلافه- يضعف الظن به.

بل فى محكى السرائر «و قد يوجد فى بعض الكتب لأصحابنا، و لا يصح ضمان مال و لا نفس إلا بأجل، و المراد بذلك إذا اتفقا على التأخير و الأجل فلا بد من ذلك و لا يصح إلا بأجل محروس فأما إذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون أجل، و كذا إذا أطلقا العقد، و إلى هذا القول ذهب شيخنا فى مبسوطه، و هو حق اليقين، لأنه لا يمنع منه مانع، و من ادعى خلافه يحتاج إلى دليل و لم نجده.

و مقتضى ذلك خروج المسأله عن الخلاف، إذ هو منحصر فيما سمعت من العبارات المحتمل فيها ذلك، مؤيدا بعدم العثور على دليل يدل على اعتبار الأجل فيه، نحو اعتباره فى التسليم، و حينئذ يكون وجه الخلاف فى المسأله اعتبار الأجل فى الضمان و عدمه، و هذا هو الظاهر من العباره من غير مدخليه لحلول الدين و أجله،

فالمؤجل حينئذ جائز إجماعا- من هذه الجهه، سواء كان الدين حالا أو مؤجلا، و سواء اتفاقا فی الأجل أو اختلفا، و الحال فيه خلاف، سواء كان الدين، حالا أو مؤجلا.

فمن الغريب ما فی المسالك حيث أنه بعد أن ذكر الصور الاثنا عشر المتصوره فی المقام التی هی الضمان حالا و مؤجلا، عن حال و مؤجل متساويين فی الأجل أو متفاوتين، فهذه سته، و هی إما أن تكون عن تبرع أو سؤال المضمون عنه، فيكون اثنا عشر، قال: و كلها جائز علی الأقوی، إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرر، إذ قد عرفت تحريره علی الوجه المزبور، و أن التعليل للمنع بالإرفاق فی المختلف و غيره لا ينبغی أن يتصيد منه خلاف فی المسأله.

نعم فی ضمان المؤجل حالا- أو أنقص من أجله خلاف من بعض المتأخرين كالفخر، و الكركی، بل تستمع التردد فيه من المصنف فی المسأله الثامنه، لأنه ضمان ما لم يجب، و لأن الفرع لا يرجع علی الأصل، و لأن مشروعيه الضمان علی نقل الدين علی ما هو عليه.

و فيه أن المضمون المال و الأجل إنما هو من التوابع و الحقوق، فمع الرضا بإسقاطه من الطرفين يسقط، و يلزم سقوطه إذا كان بعقد لازم، و هو واجب، غايته أنه موسع و ذلك لا يخرجه عن أصل الوجوب، خصوصا بعد التراضی بإسقاط حق الأجل الذی هو كما يثبت للحال بعقد يسقط أيضا عن المؤجل به، و قاعده عدم رجحان الفرع علی أصله لا دليل عليها علی وجه تجدی فی المقام، كدعوی أن مشروعيه الضمان علی نقل الحق بوضعه إلی ذمه الضامن، و الحلول صفه مغيره له، فلا يشرع فيه الضمان، و فرق بين ضمان الحال مؤجلا و بالعكس، لعدم تشخيص المال بالحلول الذی هو عدم الأجل بخلاف العكس، إذ هی كما تری لا حاصل لها، و مرجعهما معا إلی شرط فی عقد الضمان مندرج تحت

«المؤمنون»(۱)

و «أَوْفُوا»(۲) و غيرهما من غير

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴-.

۲- ۲ سوره المائده الآيه- ۱-.

فرق بين اقتضائه تأجيل الحال و بالعكس، و بذلك كله ظهر لك التحقيق فى المسأله و تحرير موضع الخلاف فيها.

و أما احتمال المنع فى ضمان الحال حالا و المؤجل بمثل أجله أو أنقص الناشى من تعليل المنع للضمان الحال فى المختلف بالإرفاق، فليس خلافا فى المسأله، و على تقديره فهو واضح الضعف، ضروره عدم ثبوت اعتبار الإرفاق فيه على وجه يقتضى ذلك، خصوصا بعد عدم انحصار الفائده فيه بذلك، كما هو واضح.

بقى الكلام فى أنه لو ضمن المؤجل حالا أو أنقص بإذن المضمون عنه كذلك، أو مطلقا فهل يكون الدين على المضمون عنه كذلك أو فرق بين الإطلاق و التصريح فيحل ما عليه بالثانى، لا الأول، أو لا رجوع للضامن عليه و إن أدى إلا بعد انقضاء الأجل الأصلى للدين وجوه بل أقوال فثانى الشهيدين و الفاضل فى المحكى عن مختلفه، و ظاهر تحريره بل قيل إنه الذى استقر عليه رأيه فى التذكره على الأخير منها، لعدم المقتضى لسقوطه، إذ الإذن للضامن بالضمان حالا فضلا عن الإطلاق أعم من ذلك، بل أقصاه الحلول بالنسبه إلى ذمه الضامن، دون ما فى ذمته للضامن.

و فى محكى التنقيح الأول، لأن الضامن فى حكم الأداء و متى أذن المديون لغيره فى قضاء دينه معجلا فقضاه استحق مطالبته، و لأن الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الإذن، و أما مع الإطلاق فلتناوله التعجيل الذى قد عرفت اقتضاءه ذلك.

و عن ظاهر بعض المتأخرين الثانى، و لعله الأقوى، ضروره عدم اقتضاء الاذن فى الإطلاق التعجيل، فلا دلاله فيه عليه، فيكون كالتبرع به حينئذ و لعله لذا جزم بعضهم بعدم الرجوع فى الإطلاق، و جعل الإشكال فى التصريح، بل هو المحكى عن التذكره.

نعم لو فرض إراده ذلك منه و لو بالقرائن اتجه حينئذ الرجوع به عليه، لأنه كالتصريح بالنسبه إلى ذلك، و لعله لذا جزم به فى محكى الإيضاح بالرجوع مع التصريح، و جعل الإشكال فى الإطلاق، من احتمال اقتضائه الاذن فى التعجيل، و عدمه

و قد عرفت عدم اقتضائه ذلك، كما أنك قد عرفت عدم الإشكال فى الرجوع مع التصريح خصوصا إذا ضم إليه مع ذلك الرجوع عليه فعلا.

و كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرنا مكررا أنه لو كان المال حالا، فضمنه مؤجلا، جاز و سقطت مطالبه المضمون عنه، و لم يطالب الضامن إلا بعد الأجل بلا خلاف فيه عندنا و لا إشكال.

نعم قد عرفت أن هذا الأجل للضمان، لا للدين ف لو مات الضامن، حل و أخذ من تركته و رجع الورثه على المضمون عنه، و كذا لو دفع الضامن معجلا باختياره، لإسقاط حقه، بخلاف ما لو كان الدين مؤجلا عن المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك، فإنه بحلوله بموته مثلا لا يحل على المضمون عنه لأن الحلول عليه لا يستدعى الحلول على الأخر.

و لو كان الدين مؤجلا إلى أجل، فضمنه إلى أزيد من ذلك الأجل، جاز بلا خلاف و لا إشكال، لكن إن أدى قبل حلول أجل الأصل، لم يكن له مطالبه المضمون عنه إلا بعده، و إن أدى بعد حلوله عليه و قبل حلول أجل نفسه، فله المطالبه، لأنه قد صار الأصل حالا، و الفرض أداء الضامن و إسقاط حق نفسه من الأجل الزائد، و كذا القول لو مات و أدى وارثه، نعم لو قلنا بأن الأجل للضمان أجل للدين، اتجه حينئذ مراعاته للمضمون عنه و إن حل على الضامن، أو أسقطه كما هو واضح.

و يرجع الضامن على المضمون عنه، بما أداه إن ضمن باذنه، و لو أدى بغير اذنه بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، و

فى الخبر(۱)«سألته عن قول الناس الزعيم غارم؟ فقال: ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»

و فى آخر(۲)«عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه؟ قال: ليس له إلا الذى صالح

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ۱- المستدرك ج ۲ ص ۴۹۷ و فيه قول الناس الضامن غارم.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ۱-.

علیه»

کل ذلک مضافا إلی أصاله احترام مال المسلم، و ضمانه إلا إذا بذله علی جهه التبرع به، و التأدیه، و إن کانت بغیر إذنه، إلا أن الضمان الذی هو سبب فی وجوبها قد کان بإذنه، بل فی الحقیقه الإذن فیه إذن فیها.

و لا یرجع إذا ضمن بغیر اذنه و لو أدی بإذنه بلا خلاف فیه أیضا بل الإجماع بقسمیه کذلک علیه، و الخبران منزلان علی ما إذا أذن نعم قد یقال بالرجوع لو أدی بإذنه المصرح فیها بالرجوع علیه، لقاعده الاحترام المزبوره، و لا ینافیها وقوع الضمان بغیر إذنه، فإنه لا ینافی تبرع المضمون عنه بالوفاء، فقوله حینئذ أد عنی و ارجع به علی کقوله لأجنبی أد عن الضامن المتبرع و ارجع به علی، فمع فرض تأدیه الضامن بعنوان امتثال أمر المضمون عنه، و بقصد الرجوع علیه، یتجه حینئذ رجوعه، و إن کان أداء عن نفسه، لکن من المتبرع به عنه، فما عن بعض الناس من الإشکال- فی الرجوع أیضا فی الصوره المزبوره التی مرجعها إلی الوعد، لعدم دلیل علی الرجوع علیه بالقول المزبور- لا یخلو من نظر أو منع، بعد ما عرفت و الله العالم.

و علی کل حال فلا خلاف أجده فی أنه ینعقد الضمان بکتابه الضامن أو المضمون عنه مع عجزهما عن النطق منضمه إلی القرینه الداله علی قصد إنشاء ذلک لا مجرده عن ذلک لاحتمالها حینئذ العبثیه و غیرها بل ظاهرهم ذلک و إن تمکن من التوکیل، بل الظاهر عدم الفرق بینها و بین غیرها من الإشارات المفهمه، لعدم ما یدل علی اختصاصها بذلک، بل العمده فی الاکتفاء بها- بعد عدم الخلاف فیه- فحوی الاکتفاء بإشاره الأخرس التی لا فرق فیها بین الکتابه و غیرها، و قد تقدم فی البیع ما یستفاد منه الاکتفاء بالکتابه مثلا مع الإکراه علی السکوت ظلما و غیر ذلک فلاحظ و تأمل.

[البحث الثانی فی الحق المضمون]

البحث الثانی فی الحق المضمون و هو کل مال ثابت فی الذمه و مرجعه الی ما فی القواعد من أن شرطه المالیه و الثبوت فی الذمه و إن کان متزلزلا کالثمن فی مده الخیار، و المهر قبل الدخول، بل قیل: ان علی الأول الإجماع، معلوم و محکی فی ظاهر الغنیه و غیرها، بل فیها و غیرها أیضا الإجماع صریحا علی الثانی و فی محکی التذکره لو قال لغیره: مهما أعطیت فلانا فهو علی لم یصح إجماعا، هذا و لکن لم أجد تصریحا فی اندراج العمل فی الذمه فی المال و عدمه.

نعم فی اللمعه أن ضابطه ما جاز عقد الرهن علیه، و ربما یستظهر منه اندراجه فیه، لکن عن التذکره أن یکون مما یصح تملکه و بیعه، و هو کالصریح فی عدمه، و لا ریب أن العمومات تشهد للأول، بل هو من المال قطعا لو کان منفعه دابه، کلیه مثلا أو عبد کذلک، بل لعل جمیعه من المال، بدلیل جواز جعله عوضا فی البیع و النکاح و الخلع و غیرها مما یعتبر فیها المال، کما أنی لم أجد من تعرض للجمع بین ذکر الشرط المزبور و التصریح بضمان الأعیان و العهده و الصنجه و غیر ذلک مما تسمعه إنشاء الله، بل فی المتن و غیره هنا ما ینافی ذلک، فإنه قال بعد ما سمعت:

سواء کان أی المال فی الذمه مستقرا کالبیع بعد القبض و انقضاء الخیار أو معرضا للبطلان کالثمن فی مده الخیار بعد قبض الثمن و لو کان قبله، لم یصح ضمانه عن البائع عینا و لا عهده، لعدم دخوله تحت یده، أما بعده فیصح ضمانه عن البائع عهده لو ظهر المبیع مستحقا مثلا.

و هو کما تری لا یجامع الضابط المزبور، ضروره عدم کون المضمون فی هذا الحال مالا فی الذمه، بل هو من ضمان الأعیان.

نعم لو ضمن الثمن عن المشتری للبائع، کان ضمانا لمال فی الذمه، بل و کذا لو ضمن عنه عهدته لو خرج مستحقا للغیر إذا کان الثمن غیر معین، و إلا بطل البیع فلا ضمان حینئذ،

بخلاف ما إذا لم يكن معينا، فإن الضمان حينئذ صحيح، لأنه فى الحقيقه لمال فى الذمه، و هو الثمن الكلى، و كذا لو كان معينا مثلا و كان المضمون عن المشترى أرشه الذى هو أيضا مال كلى فى الذمه، و بذلك يظهر لك أن ضمان العهده هو من ضمان العين أو من ضمان المال فى الذمه و ليس هو شى ء مستقل لكن فى المسالك «ان الفرق بين ضمان العهده و المال نفسه يظهر فى اللفظ و المعنى، أما اللفظ فالعباره عن ضمان الثمن «ضمنت لك الثمن الذى فى ذمه زيد» مثلا و نحوه، و ضمان العهده «ضمنت لك عهدته أو دركه» أو نحو ذلك، و اما المعنى فظاهر، إذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمه الضامن، و براءه المضمون عنه منه، و ضمان العهده ليس كذلك، بل إنما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات، و لا يخفى عليك ما فيه بعد عدم دليل مخصوص على اعتبار اللفظ المزبور، بل ظاهر الأدله، خلافه.

و على كل حال ضمانه يقتضى انتقال الثمن لو كان فى ذمه المشترى إلى ذمه الضامن، إلا أنه لما كان فى الظاهر فراغها بالدفع المزبور لم يحكم به، فإذا تبين فساد الدفع بكونه مستحقا للغير مثلا حكم بمصادفه الضمان المزبور لمحله، فيترتب عليه حكمه من الانتقال إلى ذمه الضامن، و فراغ ذمه المضمون عنه، و هذا معنى ضمان دركه، و إلا فلا دليل على مشروعيته مستقلا على وجه يكون غير الضمان بالمعنى المزبور كما هو واضح.

و بذلك كله يظهر لك ما فى المتن و المسالك، و لعل عباره الفاضل فى القواعد السابقه أحسن من عباره المتن، لاقتصارها على بيان صحه الضمان للمال الثابت فى الذمه مستقرا أو متزلزلا، كالثمن فى مده الخيار، و المهر قبل الدخول.

و لا ريب فى ظهور إراده ضمانه عن المشترى للبائع، و هو الذى ذكره الشيخ فى المحكى عن مبسوطه حيث نفى الخلاف فيه، و ظاهره بين المسلمين عن صحه ضمان الثمن فى البيع بعد تسليم المبيع، و المهر بعد الدخول، و الأجره بعد دخول المده، و عن صحه ضمان الثمن قبل التسليم، و الأجره قبل انقضاء الإجاره، و المهر قبل الدخول، قال: فهذه الحقوق لازمه غير مستقره، فيصح ضمانها أيضا بلا خلاف، و أما ضمان

العهده فهی مسأله مستقله، سیذکرها المصنف فی اللواحق، لا مدخل لها فیما نحن فیه فلاحظ و تدبر.

و کذا یصح ضمان ما لیس بلازم و لکن یؤول إلی اللزوم، کمال الجعاله قبل فعل ما شرط علیه من العمل و کمال السبق و الرمایه وفاقا للمحکی عن المبسوط، و التحریر، و المختلف، و مجمع البرهان، و التذکره، إلا أنه قال: إذا شرع فی العمل، بل لعله المراد مما عن الخلاف و الغنیه «یصح ضمان مال الجعاله إذا فعل ما شرط الجعاله به» بناء علی إراده الکشف من الشرط المزبور، بقرینه استدلالهم علیه بقوله تعالی (۱)«وَ لِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِیرٍ وَ أَنَا بِهِ زَعِیمٌ» و

قوله (علیه السلام)(۲)«الزعیم غارم»

و مرجع الثانی إلی العمومات التی هی العمده، مضافا إلی ما عن المختلف من الاستدلال علیه بمسیس الحاجه إلیه، فجاز ضمانه و کقوله الق متاعک و علی ضمانه، و الی ما عن التذکره من وجود سبب الوجود و انتهاء الأمر فیه إلی اللزوم کالثمن فی مده الخیار.

و لکن مع ذلک کله قال المصنف علی تردد ینشأ من احتمال عدم سببیه عقد الجعاله لثبوت المال فی الذمه، و انما هو جزء السبب الذی هو مع العمل، فتکون الضمان حینئذ قبل تمامه ضمان ما لم یجب، و الآیه الشریفه محموله علی اراده التعهد العرفی لا ـ العقدی، ضروره عدم قبول مضمون له یثبت له حق فی ذمه الجاعل، أو علی اراده بیان کون الجعل منه علی ذلک، لا علی الملک أو علی غیر ذلک.

و العمومات بعد فرض ما عرفت من کون الضمان نقل ما فی ذمه إلی أخری عندنا لا یشمل المفروض الذی لم یثبت بعد فی الذمه، و لا حاجه ماسه إلی ذلک علی وجه یستدل بها علی مشروعیته، کما لا سبب للوجوب قبل إتمام العمل، و انتهاء الأمر إلی اللزوم بعد عدم الثبوت فعلا لا یجدی.

نعم قلنا ان عقد الجعاله سبب تام فی الثبوت فی الذمه، و إن عرض له البطلان

۱- ۱ سوره یوسف الآیه- ۷۲.

۲- ۲ المستدرک ج ۲ ص ۴۸۹.

بعدم إتمام العمل، أو بالفسخ أو نحو ذلک، اتجه حینئذ ضمانه للثبوت فی الذمه حینئذ فعلا و إن کان معرضا للبطلان، لأنه لا ینافی صحه الضمان.

و کذا یصح لو قلنا بأن العمل من الشرائط الکاشفه، لکن بتمام العمل ینکشف صحه الضمان، و بعدمه ینکشف بطلانه، و لعل ذلک لا یخلو من قوه، و قد سمعت إمکان إرادته من الشیخ و ابن زهره، و مما ذکرنا ظهر لک أن التردد فی الحکم من المصنف للتردد فی أصل ثبوت مال الجعاله فی الذمه لا للتردد فی صحه الضمان، و ان لم نقل بثبوته فیها کما عساه یوهمه ما سمعته من المختلف و التذکره، و التحقیق ما عرفت فی مال الجعاله، و مثله یجری فی مال السبق و الرمایه، و یأتی إنشاء الله فی بابیهما تمام الکلام فی ذلک، هذا کله قبل العمل.

أما بعده فلا إشکال و لا خلاف فی صحه الضمان و هل یصح ضمان مال الکتابه قیل و القائل الشیخ فی المحکی من مبسوطه لا یصح لأنه لیس بلازم، و لا یؤول إلی اللزوم أما الأول فلانه لا یلزم العبد فی الحال، لأن للمکاتب إسقاطه بفسخ الکتابه، للعجز فلا یلزم العبد فی الحال، و أما الثانی فلأنه إذا أداه عتق، و إذا عتق خرج عن ان یکون مکاتبا، فلا یتصور أن یلزم فی ذمته مال الکتابه بحیث لا یکون له الامتناع من أدائه ثم قال: فهذا المال لا یصح ضمانه، لأن الضمان إثبات مال فی الذمه، و التزام لأدائه، و هو فرع للمضمون عنه، فلا یجوز أن یکون ذلک المال فی الأصل غیر لازم، و یکون فی الفرع لازما، فلهذا منعنا عن صحه ضمانه، و هذا لا خلاف فیه.

و لکن لا یخفی علیک أنه لو قیل بالجواز کان حسنا وفاقا للفاضل و ثانی الشهیدین و الکرکی و غیرهم، لتحققه فی ذمه العبد بعقد الکتابه و لو المشروطه، فیصح حینئذ ضمانه کما لو ضمن عنه مالا غیر مال الکتابه و جواز تعجیز نفسه فیعود رقا، لا ینافی الثبوت فی الذمه، بل أقصاه عدم الاستقرار کالثمن فی مده الخیار بل أولی منه، ضروره أنه هنا مع الضمان عنه لینعتق، لأنه بحکم الأداء بخلاف الثمن فی مده الخیار، فإن ضمانه لا یرفع أصل الخیار.

و من هنا أشكل جواز الضمان فى الفرض على تقدير الجواز، لأنه يؤدى إلى اللزوم قهرا على المكاتب، لعدم اشتراط رضى المضمون عنه فى صحه الضمان، فينافى الفرض، من بناء الكتابه على الجواز من طرف المكاتب، و إن كان هو كما ترى إشكال هين، و إلا لم يجز التبرع بالأداء عنه لذلك أيضا، هذا.

و لا يخفى عليك أن ظاهر المتن و ما سمعته من عباره المبسوط بل قيل و التحرير، و التذكره، و المختلف أن محل النزاع الأعم من المشروطه و المطلقه، لكن فى المسالك أن محله الأولى، إذ لا خلاف فى لزوم المطلقه و الأمر سهل بعد ما عرفت و تعرف إنشاء الله فى باب الكتابه على ذلك.

و يصح ضمان النفقه الماضيه للزوجه بلا خلاف و لا إشكال، لأنها من الديون فى ذمه الزوج كما حررناه فى محله، بل صريح الشيخ أيضا و الفاضلين و الكركى و ثانى الشهيدين و الحلى على ما حكى عن بعضهم صحه ضمان الحاضره لها أيضا أى الزوجه لاستقرارها و ثبوتها فى ذمه الزوج بصبيحه ذلك اليوم الذى أظهرت التمكين فيه دون المستقبله التى لم يحصل سبب وجوبها الذى منه التمكين الفعلى، و هو غير معقول فى الزمان المتأخر بخلاف الحاضره التى يظهر من أدله النفقه الاكتفاء فى وجوبها بالتمكين فعلا فى صبيحه ذلك اليوم، و إن قلنا بسقوطها بالنشوز فى أثنائه، إلا أنه لا ينافى أصل الثبوت فى الذمه و هو كاف فى صحه الضمان، خصوصا بعد عدم استرداد نفقه النهار بالموت و الطلاق، و إنما الخلاف فى نفقه الليل كما حررنا ذلك كله فى كتاب النكاح هذا.

و فى محكى المبسوط: إنما يصح ضمان نفقه المعسر، لأنها ثابته على كل حال، و أما الزياده عليها إلى تمام نفقه الموسر فهى غير ثابته، لأنها تسقط بإعساره، و تبعه على ذلك القاضى فيما حكى عنه، و فيه أن الاعتبار حينئذ بالزوج المضمون عنه فان كان موسرا ضمن عنه نفقه الموسر، و إلا فنفقه المعسر، و لا يسقط الزائد على نفقه المعسر بإعسار المؤسر بعد وجوبه.

و ربما كان ذلك من الشيخ و القاضى تفريعا على قول أهل الخلاف من صحه

ضمان المستقبله، لأن المحکی عنه اشتراط تقدیر المده، و أن یکون المضمون نفقه المعسرین، و إن کان المضمون عنه موسرا أو متوسطا، لانه ربما یعسر، فالزائد علی نفقه المعسرین غیر ثابت، لأنه یسقط بالعسر، ثم إن تقیید المصنف بالزوجه ظاهر فی عدم صحه ضمانها للقریب، و هو کذلک فی الماضیه، لعدم ثبوتها فی ذمته و إن قصر فی دفعها، لأنها من خطاب المواساه الذی لا یقتضی إثباتا فی الذمه.

اما الحاضره ففی القواعد و المسالک و محکی التذکره و غیرها صحه ضمانها، بل لا أجد خلافا فیه بین من تعرض لذلک، معللین له بوجوبها بطلوع الفجر، و لکن فیه ان هذا الوجوب لا یقتضی ثبوتها فی الذمه، و إلا لوجب أیضا بعد فوات الوقت، لعدم الدلیل حینئذ علی سقوطه منها بعد ثبوته فیها، و إنما هو خطاب مواساه و بر وصله، و لا شی ء منها یقتضی الثبوت فی الذمه من غیر فرق بین الماضیه و الحاضره، و لعل تقیید المصنف بالزوجه لإخراج أصل الضمان لنفقه القریب، من غیر فرق بین الماضیه و الحاضره و المستقبله، و قد حررنا فی کتاب النکاح تحقیق الحال فی ذلک فلاحظ و تأمل.

و کیف کان ف فی صحه ضمان الأعیان المضمونه بمعنی وجوب ردها أو قیمتها أو مثلها علیه مع من فی یده کالغصب و المقبوض بالبیع الفاسد و نحوهما تردد و خلاف و الأشبه عند المصنف و الفاضل فی المحکی عن تحریره، و إرشاده، و محکی المبسوط الجواز للعمومات، و لأنه ضمان مال مضمون علی المضمون عنه، و فیه أنه لا عموم یقتضی شرعیه الضمان علی الوجه المزبور، حتی

قوله (۱)«الزعیم غارم»

الذی هو لیس من أخبارنا بل هو من قول الناس الذین هم مخالفونا کما سمعته فی الخبر السابق الظاهر فی الإنکار علیهم.

و عموم (۲)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» انما یقتضی وجوب الوفاء بکل عقد علی حسب مقتضاه، و قد عرفت أن الضمان عندنا من النواقل، و ان شرطه ثبوت المال فی الذمه، و الأعیان المضمونه إنما یجب ردها، و هو لیس بمال فی الذمه، و الغاصب مثلا مخاطب

۱- ۱ المستدرک ج- ۲- ص ۴۹۷.

۲- ۲ سوره المائده الآیه- ۱.

به إجماعا، فیکون الضمان هنا ضم ذمه إلی ذمه أخری، و هو لیس من أصولنا.

و من الغریب ما عن التذکره من أن ضمان المال ناقل عندنا، و فی ضمان الأعیان و العهده اشکال، أقربه عندی جواز مطالبه کل من الضامن و المضمون عنه، إذ هو کما تری کالمتناقض، هذا کله فی ضمانها بالنسبه إلی ردها.

و أما ضمان قیمتها أو مثلها فهو بعد تلفها فضمانها قبل حصول السبب ضمان ما لم یجب و من هنا کان خیره ثانی الشهیدین و المحققین و فخر الإسلام علی ما حکی عنهما عدم الجواز، و دعوی صدق کونها ما لا قد اشتغلت ذمه من فی یده بها، واضحه الفساد، ضروره معلومیه إراده شغل الذمه بالرد ما دامت موجوده، و القیمه و المثل مع التلف من هذا الإطلاق، و مثله غیر کاف فی الضمان الذی هو نقل المال من ذمه إلی أخری، کما عرفت من تعریفه، و من دعوی الإجماع علی اشتراط أن یکون مالا فی الذمه فی الحق المضمون، لا أقل من الشک، و الأصل عدم ترتب الأثر فی مثل هذا الضمان.

و علی کل حال فلا اشکال و لا خلاف فی أنه لو ضمن ما هو أمانه، کالمضاربه و الودیعه، لم یصح، لأنها لیست مضمونه فی الأصل أی وقت الضمان لا ردا و لا عوضا علی تقدیر تلفها. نعم لو طرأ لها الضمان بتعد أو تفریط مثلا ففی صحه ضمانها حینئذ و عدمها البحث السابق، و هو واضح.

کما أنه لا خلاف و لا إشکال فی جواز التسلسل فی الضمان بناء علی مذهبنا ف لو ضمن ضامن ثم ضمن عنه آخر و هکذا إلی عده ضمناء، کان جائزا لتحقق شرط الضمان الذی هو ثبوت المال فی الذمه، و یرجع کل واحد منهم علی من ضمن عنه، إذا کان بإذنه، علی الأصل الذی یرجع الیه الضامن الأول إذا کان باذنه، بل و لا إشکال فی جواز الدور أیضا.

خلافا للمحکی عن الشیخ فی المبسوط، فمنعه لصیروره الفرع فیه أصلا و بالعکس، و لعدم الفائده فیه، إذ به یرجع الحق علی ما کان، و فیه: أن ذلک لا یصلح للمانعیه، علی أن الفائده بالإعسار، و باختلاف الضمان بالحلول و التأجیل متحققه کما تقدم

ذلک سابقا و لا یشترط العلم بکمیه المال حال الضمان (فلو ضمن ما فی ذمته صح علی الأشبه) بأصول المذهب من العمومات و غیرها، و الأشهر بل المشهور بل عن الغنیه الإجماع علیه، بل عن کشف الرموز أنه روی الأصحاب جواز ذلک، فلو عملنا بهذا نکون عملنا ب

قول الصادق (علیه السلام)(۱)«خذ ما اشتهر بین أصحابک»

و لعله أراد الروایات المطلقه فی الضمان، خصوصا ضمان علی بن الحسین علیهما السلام (۲)لدین عبد الله بن الحسن، و ضمانه (۳)لدین محمد بن أسامه، بل قیل إنهما ظاهران بل صریحان فی عدم معلومیه الدین، و قدره وقت الضمان.

بل ربما استفید أیضا من

خبر عطا(۴)عن الصادق (علیه السلام) «قلت له: جعلت فداک إن علی دینا إذا ذکرته فسد علی ما أنا فیه، فقال: سبحان الله أو ما بلغک أن رسول الله (صلی الله علیه و آله) کان یقول فی خطبته: من ترک ضیاعا فعلی ضیاعه، و من ترک دینا فعلی دینه، و من ترک مالا ـ فهو لوارثه، و کفاله رسول الله (صلی الله علیه و آله) میتا ککفالته حیا و کفالته حیا ککفالته میتا، فقال الرجل نفست عنی جعلنی الله فداک»

بل و لقوله تعالی (۵)«وَ لِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِیرٍ وَ أَنَا بِهِ زَعِیمٌ» مضافا إلی

قوله (۶)«الزعیم غارم».

و لکن قد یناقش بعدم ثبوت الأخیر من طرقنا، بل لعل الثابت منها تکذیبه، و بأن الآیه لیست مما نحن فیه، کما أن الخبر لیس من الضمان المصطلح، إلا أنه فیما قدمنا کفایه لإثبات المطلوب، خصوصا مع عدم المعارض إلا دعوی(۷)

«نهی النبی (صلی الله علیه و آله) عن الغرر»

و الثابت منه البیع أو مطلق المعاوضه و(۸)«الضرر» لاحتمال کون المضمون

۱- ۱ المستدرک ج ۳ ص ۱۸۵ عن الباقر علیه السلام.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحکام الضمان الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحکام الضمان الحدیث- ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الدین الحدیث- ۵.

۵- ۵ سوره یوسف الآیه- ۷۲.

۶- ۶ المستدرک ج ۲ ص ۴۸۹.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴۰ من أبواب آداب التجاره الحدیث ۳.

٨- ٨ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب الخيار الحديث ٣ و ٤.

مما لا يحتمله، و هو قد أدخله على نفسه، على أنه يمكن فرضه خاليا عن ذلك، و حينئذ فما

عن الشيخ فى مبسوطه و خلافه و القاضى فى مهذبه، و ابن إدريس فى سرائره من عدم الجواز واضح الضعف، هذا.

و لكن فى المسالك و محكى التذكره و غيرها «أن الصحه فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك، كقوله أنا ضامن للدين الذى لك عليه، أما ما لا يمكن فيه العلم كضمنت لك شيئا مما فى ذمته فلا يصح قولا واحدا، لصدق الشى ء على القليل و الكثير، و احتمال لزوم أقل ما يتناوله الشى ء كالإقرار يندفع بأنه ليس هو المضمون و إن كان بعض أفراده» و هو جيد إن كان المراد عدم إمكان العلم فى الواقع، للإبهام و نحوه كما عساه يومى اليه قوله «يندفع» إلى آخره؟ و إلا كان محلا للنظر، ضروره أن مقتضى الأدله التى ذكرناها عدم الفرق بين الجميع، فيصح ضمان ما فى الذمه عن ميت أوحى و ان كان لا يمكن العلم به فى الظاهر، إلا أنه فى الواقع متشخص كما هو واضح.

و على كل حال ف يلزمه مع وقوع الضمان على الوجه المزبور ما تقوم به البينه، أنه كان ثابتا فى ذمته وقت الضمان لا ما يتجدد و لا ما يوجد فى كتاب مما هو ليس طريقا مثبتا لما فى الذمه و لا ما يقر به المضمون عنه بعد الضمان الذى يكون إقرارا فى حق الغير، خلافا للمحكى عن أبى الصلاح و أبى المكارم و لعلهما يريدان ما أقر به سابقا قبل الضمان و لا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين الذى هو كالإقرار، أو كالبينه فى حق المتخاصمين لا مطلقا، أو أصل برأسه كذلك أيضا، خلافا للمحكى عن المقنعه، فالزمه به، و يمكن أن يريد ما عن النهايه و القاضى من أنه إذا كان الرد برضى الضامن، «قال: فإن حلف أى المضمون له على ما يدعيه و اختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه، لصيروره الخصومه حينئذ معه أيضا، فيكون اليمين حجه فى حقه».

و فى المسالك «بناء على كون اليمين المردوده كالبينه، يتجه وجوب الأداء عليه، لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن، أو المضمون عنه، لأن الحق يثبت بها مطلقا، بخلاف الإقرار» و فيه: أن حكم البينه كذلك، إلا أن الكلام فى كونه

مثلها فی ذلک کما هو واضح، هذا کله إذا ضمن ما فی ذمته.

أما لو ضمن ما یشهد به علیه لم یصح، لانه لا یعلم ثبوته فی الذمه کما فی القواعد و محکی التحریر و الإرشاد و المختلف حکما و تعلیلا، و کذا المبسوط و السرائر، بل هو المحکی عن المفید و التقی، و فسر فی المسالک تبعا لجامع المقاصد بأنه لما علم اشتراط صحه الضمان بثبوت الدین فی الذمه حاله، فضمانه حینئذ بالصیغه المزبوره شامل لما إذا کان کذلک، و لما یتجدد فلا یصح، إذ لا یدل علی ضمان المتقدم، لان العالم لا یدل علی الخاص.

قال: «فعلی هذا لو صرح بقوله ما یشهد علیه أنه کان ثابتا فی ذمته وقت الضمان فلا مانع من الصحه، کما لو ضمن ما فی ذمته و لزمه ما تقوم به البینه أنه کان ثابتا، و حینئذ فتعلیل المصنف لا یخلو من قصور، لاقتضائه أنه لو ضمن بهذه الصوره و ثبت کون المشهود به کان فی الذمه وقت الضمان صح، و الحال أن مثل ذلک لا یصح، لعدم وقوع حقیقه الضمان موقعها کما قد عرفت، فلا بد من تنزیل التعلیل علی عدم العلم بإراده الثابت من الصیغه».

و فیه: أن المتجه- مع فرض إراده العموم من الصیغه لاقتضاء لفظ «ما» ذلک- الصحه فی الثابت بها وقت الضمان و البطلان فی المتجدد لا الفساد فی الجمیع، مضافا إلی إباء ظاهر جمیع العبارات المشتمله علی التعلیل المزبور ما ذکراه من التفسیر المزبور الذی قد اعترفاهما أیضا بذلک، و ان ما ذکراه فیه تنزیل و تخریج.

و لعل الأولی تفسیر ذلک بإراده بیان عدم صحه ضمان ما یثبت بالبینه من حیث کونه کذلک، لأنه حینئذ من ضمان ما لم یجب، ضروره عدم جعل عنوان الضمان، ما فی ذمته و البینه طریق لمعرفته، بل کان العنوان ما یثبت بها، و الفرض وقوعه قبل ثبوته بها.

و من هنا أردف التعلیل المزبور فی المختلف بقوله: فلا یصح، لأنه ضمان ما لم یجب، و لا ریب فی أن مراده أن الثبوت بها قبل حصوله لیس ثبوتا حال الضمان، و إن کان مضمون الشهاده الاشتغال حال الضمان، لکن ثبوت ذلک الذی هو عنوان

الضمان إنما هو حال الشهاده المفروض سبق الضمان لها.

و كذا لو جعل عنوان الضمان ما يقر به المضمون عنه، أو ما يحكم به الحاكم أو نحو ذلک مما هو بعد لم يحصل، و حينئذ يتجه هذه العبارات و لا يحتاج إلى التخريج المزبور الذى قد عرفت فساده فى نفسه.

و كان السبب الداعى للمصنف و غيره فى ذكر الحكم المزبور أولا: هو الفرق بين جعل العنوان للضمان ما فى الذمه ثم يتعرف بالبينه، و بين جعله ما يثبت بها، و ثانيا:

التعريض بخلاف الشيخ فى المحكى من نهايته حيث قال: «و لو قال: أنا أضمن ما يثبت لک عليه إن لم آت به فى وقت كذا، ثم لم يحضره وجب عليه ما قامت به البينه للمضمون عنه، و هو الذى حكاه فى محكى المبسوط عن قوم من أصحابنا، و قال: إنى لم أعرف به نصا.

و اعترضه فى السرائر بأنه إذا لم يعرف به نصا كيف أورده فى نهايته، ثم إنه أساء الأدب، و لكن انتصر الله تعالى له على لسان الفاضل فى المختلف، فرد ذلک عليه ثم قال: لا شک فى عدم تحصيل هذا الرجل.

و على كل حال فمراد المصنف و غيره، التعريض بما سمعته من النهايه، و لكن المحكى عنها أن ذلک موجود فى بعض نسخها، و الا فالأصل «ما ثبت لک عليه» بالفعل و لا شک حينئذ فى صحته، ضروره كونه ضمانا للثابت بها، لا بما يثبت بها، بل يمكن أن يريد الشيخ من نسخه يثبت ضمان ما فى الذمه الذى طريق معرفته الثبوت بها، و ان كان خلاف ظاهر العباره، و قد ظهر لک مما ذكرنا الكلام فى جميع أطراف المسأله و الحمد لله رب العالمين.

[البحث الثالث فی اللواحق و فیه مسائل]

اشاره

البحث الثالث فی اللواحق و فیه مسائل

[المسأله الأولی إذا ضمن عهده الثمن لزمه درکه]

الأولی: إذا ضمن ضامن للمشتری بالمعنی الأخص عهده الثمن التی هی ضمان بالمعنی الأعم، أی الثمن الذی هو فی عهده البائع له لزمه درکه فی کل موضع یثبت فیه بطلان البیع من رأس بظهور استحقاق المبیع مع عدم إجازه البیع، أو قبض الثمن أی مع عدم اجازه قبض الثمن و إن أجاز البیع فیه، أو فقد شرط من شروط الصحه أو نحو ذلک، بلا خلاف أجده فیه فی الأول، بل فی محکی التذکره و کذا مجمع البرهان نسبته إلی إطباق الناس علیه فی جمیع الأعصار، و فی المسالک «ظاهرهم الإطباق علیه».

کما أن صریح غیر واحد عدم الفرق بین الأول و الثانی، بل هو من معقد ما سمعته من المسالک، و عن جامع المقاصد إطباق الناس علی ضمان العهده، و حینئذ إن تم ذلک یکون هذا الفرد بقسمیه خارجا عن بحث ضمان الأعیان، و إن کان هو منها.

أما لو تجدد الفسخ بالتقایل أو الخیار أو تلف المبیع قبل القبض، لم یلزم الضامن و رجع المشتری علی البائع لما عرفت من اعتبار ثبوت الحق وقت الضمان فی صحته، من غیر فرق بین ضمان العهده و غیره، و لا ریب فی حصوله مع قبض البائع له فی الأول، بخلاف الثانی الذی هو فسخ متجدد، فضمانه به حینئذ من ضمان ما لم یجب، بل ظاهر المسالک ذلک حتی لو قلنا أن التلف قبل القبض موجب للفسخ من الأصل لا- من حینه، فإنه بعد أن حکی عن العلامه بناء ما نحن فیه علی کون التلف فاسخا من الحین أو الأصل، فیندرج فی ضمان العهده علی الثانی دون الأول.

قال: «و فیه نظر، لانه حکم لاحق للضمان، فإن المبیع حالته کان ملکا للمشتری ظاهرا، و فی نفس الأمر، فلا یتناول الضمان الثمن، لانه لم یکن لازما للبائع مطلقا، و إنما التلف الطاری کان سببا فی حکم الله بعود الملک الی صاحبه من أصله» و إن کان

هو كما ترى مرجعه إلى التناقض، ضروره اقتضائه كون المال فى آن واحد ملكا لشخص و ليس ملكا له، بل ملك لآخر، و نظير هـذا و إن احتملناه فى إجازه الفضولى، إلا أنه قلنا بكونه ملكا لشخص، و بحكم الملك لآخر، فإنه لا يمتنع الوضع من الشارع و التسبب كذلك، و يمكن تنزيل كلام الشهيد على هذا.

و لكن يبقى المطالبه بـدليله أولا، و مناف لفرضه ثانيا، إذ من أحكام الملك ضـمانه على من فى يده، فيتجه كلام العلامه حينئذ، و من ذلك يعلم إراده المصنف و غيره من ترك التقييد بالقبض ما صرح به الأكثر من التقييد به، ضروره عدم دخوله فى عهده البائع الذى هو المضمون عنه إلا بقبضه.

اللهم إلا أن يقال بكفايه السبب الذى هو العقد حينه و إن تعقب القبض الضمان نحو ما تسمعه من احتمال الضمان بالفسخ بعيب سابق، و ضمان درك ما يحدث من بناء و غرس لكن ضعف الاحتمال المزبور يبعد حمل الإطلاق المذكور على ذلك، خصوصا من المصنف المصرح بخلاف الاحتمال المزبور فى المسألتين و الله العالم.

و كذا لا يدخل فى ضمان العهده لو فسخ المشترى بعيب لا حق للضمان كما لو وقع قبل القبض، أو فى الثلاثه قولا واحدا كما فى المسالك و غيرها، بل و سابق وفاقا للمشهور، لأن الفسخ به إنما أبطل العقد من حينه لا من أصله، فلم يكن حاله الضمان مضمونا، بل لو صرح بضمانه كان فاسدا، لأنه ضمان ما لم يجب، فما فى القواعد و محكى التذكره من الاشكال فيه- مما عرفت، و من وجود سبب الفسخ حال البيع، بل عن فخر المحققين الجزم بالدخول فيه للحاجه- واضح الضعف، و لعله لذا استقر عدم اندراجه بعد أسطر من الاشكال، بل جزم به بعد ذلك.

أما لو طالب بالأرش رجع على الضامن كما فى القواعد و غيرها لان استحقاقه ثابت عند العقد فيتحقق شرط الضمان، بل هو أولى من غيره، لان الأرش جزء من الثمن باق فى ذمه المشترى و لكن مع ذلك فيه تردد بل عن التحرير الجزم بالعدم لان الاستحقاق له إنما حصل له بعد العلم بالعيب، و اختيار أخذ الأرش و العيب

الموجود حاله العقد لم يقتض تعيين الأرش، بل التخيير بينه و بين الرد، فلم يتعين الأرش إلا باختياره.

و لو قيل- إنه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير، فيكون كأفراد الواجب المخير، حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره، فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره- ففى المسالك «لزم مثله فى الثمن، لأنه قسيمه فى ذلك» و فيه: أن الرد غير الثمن، و إن ترتب عليه استحقاق الثمن الذى لم يجب الا بالفسخ، بخلاف الأرش الثابت بالأصل، لكونه عوض جزء فائت، و إن كان للمشترى ارتفاق آخر، و هو الفسخ و الرجوع الى الثمن، و دعوى- عدم ثبوته إلا مع العلم و المطالبه به حتى أنه لو لم يعلم أو لم يطالب لم تشتغل ذمه البائع بشى ء- مخالفه لظاهر الأدله، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى محله فلاحظ و تأمل.

[المسأله الثانيه إذا خرج المبيع مستحقا رجع المشترى على الضامن]

المسأله الثانيه قد عرفت انه إذا خرج المبيع جميعه مستحقا رجع المشترى على الضامن، أما لو خرج بعضه مستحقا رجع على الضامن بما قابل المستحق بلا خلاف و لا إشكال و كان فى الباقى بالخيار لتبعض الصفقه فإن فسخ رجع بما قابله على البائع خاصه وفاقا للمشهور لعدم اندراجه فى ضمان الضامن بل لا يصح ضمانه له لو صرح به، لانه من ضمان ما لم يجب، خلافا للمحكى عن الشيخ فجوز الرجوع على الضامن بالجميع، لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب، و فيه: أن ذلک لا يقتضى دخوله فى عهده البائع له حتى يصح ضمانه عنه كما عرفت الحال فى المشبه به فضلا عن المشبه و هو واضح.

[المسأله الثالثه إذا ضمن ضامن للمشترى درک ما يحدثه من بناء أو غرس لم يصح]

المسأله الثالثه: إذا ضمن ضامن للمشترى درک ما يحدثه من بناء أو غرس مثلا فى الأرض المشتراه لو خرجت مستحقه و قلع المالک بناءه و غرسه، أى تفاوت ما بين قيمته ثابتا و مقلوعا لم يصح لانه ضمان ما لم يجب حال الضمان ضروره عدم استحقاقه ذلک على البائع قبل البناء و الغرس، بل و لا بعده، و إنما يستحقه عليه بعد القلع، نعم سبب ذلک و هو استحقاق الأرض موجود حال الضمان لكن قد عرفت

أن الأصح عدم الاكتفاء بذلك، خلافا للشهيد فی اللمعه فجوزه لذلک و للحاجه إليه و كأنه مال اليه أو قال به فی الروضه.

بل قيل و القائل الشيخ فی محكی المبسوط و الفاضل و ولده و ثانی المحققين و الشهيدين و كذا لا يجوز لو ضمنه البائع له فضلا عن الأجنبی لأن ثبوت ذلک عليه بحكم الشرع لو وقع، لا يقتضی صحه عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان، لكن فی القواعد إشكال، و عن التذكره أنه قرب الصحه، و قال: «نمنع كون المضمون عنه غير واجب».

و فی المتن الوجه الجواز لانه لازم بنفس العقد إلا أنه نظر فيه فی المسالک بأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعا مسلطا له على الانتفاع مجانا، ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التی من جملتها كونه ثابتا حال الضمان، فعدم الصحه أقوى، و قد تبع بذلک المحقق الثانی، حيث أنه أنكر على اشكال الفاضل فی القواعد، بأنه إن كان فی ثبوت ذلک على البائع، فلا وجه له، لان ذلک واجب، و إن كان فی اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضا ليكون مؤكدا فلا وجه له، أيضا لأنه ضمان ما لم يجب بعد.

و إلى هذا أشار فی المسالک بقوله «فالخلاف ليس فی ثبوت ذلک على البائع أم لا، فإنه ثابت بغير اشكال، بل فی ثبوته بسبب الضمان، و تظهر الفائده فيما لو أسقط المشتری عنه حق الرجوع بسبب البيع، يبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما، فإنه يفسخ بالخيار الآخر إن شاء، و فيما لو كان قد شرط على البائع ضمانا بوجه صحيح، فإن صححنا هذا كفى فی الوفاء بالشرط، و ان لم يحصل للمشتری نفع جديد، فقد ظهر ان هذا الضمان قد يفيد فائده أخرى غير التأكيد لو قلنا بصحته، و به يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتا، ضمن أم لم يضمن، لان هذه الفوائد الأخر لم تكن ثابته لو لم يضمن».

قلت: يمكن اراده المصنف بما ذكره من أن الوجه الجواز، اشتراط ضمان

ذلک على البائع فى عقد البيع، تعريضا بما وقع فى محكى المبسوط الذى أشار إليه المصنف بلفظ القليل، من أنه إن شرطا ذلك فى نفس البيع بطل البيع، بل قد عثرنا على نسختين من الشرائع «و قيل و كذا لو ضمنه البائع، و لو شرطه فى نفس العقد» و الوجه حينئذ فيما ذكره المصنف واضح، لان المشروط لازم للبائع بنفس العقد، فلا مانع من اشتراطه ليترتب عليه ما ذكره فى المسالك من الفائده الاولى، و لا تقدح جهالته بعد ان كان لازما له، نحو ما قيل فى اشتراط خيار المجلس، و إن كان لا يخلو من بحث عندنا.

و على كل حال فالمراد ذلك، لا الضمان المصطلح، إذ هو غير معقول، ضروره أنه لا وجه لان يضمن الإنسان عن نفسه، فمن الغريب اشتباه هؤلاء الأفاضل فى ذلك، و كيف كان فهذا كله فى ضمان عهده الثمن للمشترى عن البائع.

و أما العكس و هو ضمان عهده الثمن للبائع عن المشترى فلا إشكال فيه، إذا كان دينا، بمعنى نقل ما فى ذمه المشترى اليه، و كذا ضمانه لو خرج مستحقا، فيما إذا كان الثمن كليا فى ذمه المشترى الذى مرجعه إلى الأول أيضا أو إلى أرشه إن كان معيبا كما إذا كان شخصيا فإن ضمان عهدته عن المشترى حينئذ ذلك، و ليس هو من ضمان الأعيان كما أشرنا إليه سابقا، بل هو ضمان ما فى الذمه فتأمل جيدا و كذا ضمان نقصان الصنجه التى يزن بها الثمن أو المثمن للبائع أو المشترى كما صرح به غير واحد، لكنه لا يندرج فى إطلاق ضمان العهده، و مثله ضمان رداءه الجنس فيهما أيضا.

[المسأله الرابعه إذا كان له على رجلين مثلا مال فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه]

المسأله الرابعه إذا كان له على رجلين مثلا مال فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه باذنه دفعه واحده، و رضى المضمون له بذلك، و تساوى المالان من جميع الوجوه تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه بلا خلاف و لا إشكال، لاجتماع شرائط صحه الضمان فى كل منهما، و كان فائده هذا الضمان صيروره كل واحد منهما بضمانه فرعا، و بمضمونيته أصلا، فيتعاكسان، و افتكاك الرهن إن كان عليهما، أو على أحدهما لأن الضمان أداء، و غير ذلك، كما أن فائدته مع اختلاف

الـذين قله و كثره، و حلولا و تأجيلا، و الضـمان كذلك واضـحه، بل فى الفرض لو شـرط أحدهما الضـمان فى مال بعينه، و قلنا بصـحته و حجر عليه لفلس قبل الأداء أخـذ المضـمون له حقه من المال مقـدما على الغرماء، لسبق تعلق حقه، إلا أن المفلس قد استحق على المضـمون عنه، مع فرض كون الضـمان باذنه، و يتعلق به حينئذ حق الغرماء، فإذا كان قد أدى الأخر عنه قبل الحجر عليه، ضـرب مع الغرمـاء و لاـ يتساقـط معه، لتعلق حق الغير بمـا عليه، بـل يكون له حصـته و يبقى الباقى فى ذمه المفلس كما هو واضح.

و لو قبل المضـمون له ضـمان أحـدهما دون الأخر كان الجميع عليه، فإن دفع النصف مثلا انصـرف إلى ما قصد، و يقبل قوله مع اليمين، فإن أطلق قسط فى وجه قوى، تقدم نظيره فى الرهن، و يحتمل صرفه إلى من شاء بعد ذلك، أو القرعه.

نعم لو أبرء تعين ما قصـده، فإن أطلق فالتقسـيط مع احتمال القرعه أيضا بناء على أنها للأعم من المشـتبه موضوعا فى الواقع، و لو ادعى الأصـيل قصده فى الإبراء ففى القواعد فى توجه اليمين عليه أى المضمون له أو على الضامن اشكال، من عدم توجه اليمين لحق الغير، و خفاء القصد.

و عن المحقق الثانى أنه اسـتوجه القرعه، و لعل الظاهر أن الدعوى بين الضامن و المضـمون عنه، دون المضمون له، و حينئذ فإن صدقه المضـمون له، كان القول قوله، كما أن القول قول الضامن إن صدقه، و إن لم يمكن الرجوع اليه لموت و نحوه فقد يقوى القرعه حينئـذ، بعـد اتفاقهما على أنه قـد قصـد مخصوصا، و قلنا بعدم شـغل ذمه المضـمون عنه إلا بالأداء، لعدم أصل يرجع إليه حينئذ، أما مع عدم العلم فالحمل على الإطلاق متجه، و لو ادعى أحدهما على الأخر العلم كان له اليمين على نفيه و الله العالم.

و لو قضـى أحدهما ما ضـمنه عن صاحبه برء من ضـمانه و بقى على الأخر ما ضمنه عنه و كذا لو أبرأ الغريم أحدهما برء هو مما ضمنه

دون ما ضمنه شريكه بل قد يقال: بعدم الرجوع له عليه، و إن أدى سابقا، بل و ان لم يؤد الآخر، بأن أبرأه الغريم مما عليه مثلا، لحصول التهاتر بينهما قهرا بمجرد ضمان كل منهما باذن الأخر، لكنه كما ترى بعيد عن مذاق الفقه، و يمكن أن يقال: انه و إن قلنا باشتغال ذمه المضمون عنه للضامن إذا كان قد أذن له فى ضمان و إن لم يجز له الرجوع عليه حتى يؤدى، إلا أن الظاهر كون ذلك على جهه المراعاه فإن لم يؤد لإبراء و نحوه ينكشف عدم اشتغالها، و إن أدى تبين اشتغالها، فلا تهاتر حينئذ فى الفرض، و كذا لو قلنا بكون السبب لاشتغالها العقد المأذون فيه مع الأداء فتأمل جيدا. فإن المسأله غير محرره فى كلامهم، و سيأتى عن قريب بعض الكلام فيها إنشاء الله، هذا كله فى ضمان كل منهما على الأخر.

أما لو ضمن اثنان عن واحد، فإن كان على التعاقب فالضامن من رضى المضمون له بضمانه بل لو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق، و إن كان ضمانهما دفعه، فالضامن من رضى به منهما، و إن رضى بهما كذلك، ففى الصحه- مع التقسيط بالنصف فى الفرض و الثلث إن كانوا ثلاثه و هكذا، أو الصحه مع التخيير و مطالبه من شاء منهما، و مطالبتهما معا كما عن ابن حمزه فى الوسيله و سماه بضمان الانفراد، و عكسه و هو ضمان الواحد عن جماعه ضمان الاشتراك، بل قيل: إنهم جزموا به فى باب الديات فيما إذا قال: الق متاعك، و على كل واحد منا ضمانه، بل عن الفاضل فى درسه توجيهه بوقوع مثله فى العبادات كالواجب على الكفايه، و فى الأموال كالايدى المتعاقبه على المغصوب، أو بطلان الضمان من أصله كما عن المختلف و جامع المقاصد- أقوال.

و من هنا قال فى القواعد: إشكال، و لكن لا يخفى على من أحاط خبرا بنظائر المسأله قوه الأخير منها، و ما ذكره الفاضل من وجود النظير لو سلم أنه مثله لا يصلح دليلا للمسأله، مع أنه قد تقدم منا فى المباحث السابقه ما يستفاد منه وضوح الفرق بين ذلك و بين الأيدى المتعاقبه و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا رضى المضمون له من الضامن ببعض المال أو أبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه]

المسأله الخامسه: إذا رضى المضمون له من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه

لم يرجع على المضـمون عنه المفروض إذنه بالضـمان إلاـ بمـا أداه لما عرفت سابقا من أنه ليس له إلا ذلك نصا و فتوى، بل هو مشـروط بمـا إذا لم يزد عن الحق، و إلاـ رجع بـالحق خـاصه، فالضابـط حينئـذ الرجوع بأقـل الأمرين مما أداه و من الحق فى كل موضع له الرجوع، و كـأن المصـنف أشـار بمـا ذكره إلى خلاف بعض العامه الـذى جوز الرجوع مع الإبراء عن الكل أو البعض، لأـنه هبه له خاصه من رب الـدين، و هو باطل عنـدنا، لما عرفت نعم لو قبض منه الجميع ثم وهبه بعضه أو جميعه جاز له الرجوع لصدق الأداء، بل لعله كذلك إذا احتسبه من حق زكاه عليه مثلا و لو دفع عوضا عن مال الضمان رجع بأقل الأمرين من القيمه و الدين، من غير فرق بين أن يكون قد رضى المضمون له به عنه بغير عقد، و بين ما لو صالحه عنه بالدين.

نعم لو صـالحه عليه بمـا يتسـاوى الـدين فى ذمته و قـاصه به اتجه رجوعه به، لثبوتهـا له فى ذمته و أدائهـا عن الـدين مع احتمـال الرجوع بالقيمه خاصه، لأن وضع الضمان على الارتفاق، و لعله لذا توقف فيه الفاضل فى المحكى من التذكره و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا ضمن عنه دينارا باذنه فدفعه إلى الضامن فقد قضى ما عليه]

المسأله السـادسه: إذا ضـمن عنه دينارا مثلا باذنه فـدفعه المضـمون عنه الى الضامن فقـد قضـى ما عليه بناء على اشـتغال ذمته له بضـمانه عنه المأذون حصوله باذنه، فيقتضـى شـغل ذمه المضـمون عنه فيصـح حينئـذ الـدفع له، وفاء كما يصح للضامن إبراء ذمه المضمون عنه، قبل الأداء و هذا كله لا ينافى عدم استحقاق المطالبه له إلا بالأداء، للدليل.

نعم قـد يقال: إن الـدفع وفاء مثلا و كذا الإبراء مراعى بحصول الأداء منه، فإن حصل اسـتقر ذلك و إلا انفسخ، و رجع المال إلى المضـمون عنه، أو يقال إن ذلك على الكشف بمعنى أنه بحصول الأداء ينكشف وقوعه فى محله، و إلا انكشف عدم شغل ذمته من الأصل.

لكن ذلك و نحوه لا- نرى أحدا مصرحا به من الأصحاب، بل فى المسالك و المحكى من غيرها ما يقتضى خلافه، و أنه لا تشتغل ذمه المضمون عنه، إلا حين أداء الضامن و لعله للأصل مع عدم ثبوت كون الضمان أداء بالنسبه إلى ذلك، و إن كان هو كالأداء بالنسبه إلى براءه ذمه المضمون عنه، فلا سبب حينئذ لشغل ذمه المضمون عنه إلا الأداء المأذون فيه بالاذن بالضمان، لقاعده احترام مال المسلم، و حينئذ فالنصوص (۱)الداله على عدم الرجوع الا به، و إلا بمقدار ما أدى كاشفه عن ذلك، لا أنها مخصصه لقاعده تسلط من له الدين على من عليه، و لا أنها مفيده لاحكام آخر يصعب التزامها، و لعل هذا هو الأقوى، و حينئذ لا يكون ما يدفعه المضمون عنه قضاء بل هو مدفوع ليكون وفاء له إذا أدى.

بل فى المسالك «لا يبعد كونه مضمونا عليه، لقاعده على اليد، و كونه كالمقبوض بالسوم»، و استشكل فيه فى التذكره بعد أن حكم به. نعم لو قال المضمون عنه للضامن:

اقض به ما ضمنت عنى، فهو وكيل و المال فى يده أمانه، و الفرق بينه و بين ما سبق واضح، لأنه دفعه- فى السابق- إليه إما مطلقا، أو أنه الحق المضمون، و على التقديرين ليس مستحقا عليه للضامن، بخلاف

قوله اقض به ما ضمنت، فإنه وكاله فى قبضه و دفعه.

قلت: قد يقال: إن مرجع الأول إلى الأمانه أيضا، ضروره عدم كونه وفاء فعلا قبل الاشتغال، فليس هو إلا على ملك المضمون عنه، بل لا بد من التزام التوكيل للضامن فى قبضه وفاء بعد الأداء، فلا ضمان حينئذ، و القياس على المقبوض بالسوم ليس من مذهبنا، و قاعده على اليد مخصصه بالأمانه، و لعله استشكل فيه فى التذكره، و هو فى محله، نعم لو دفعه له بعنوان القرض له مقدمه لحصول التهاتر بعد الأداء أمكن، لكنه غير المفروض.

و كيف كان ف لو قال أى الضامن على ما فى المسالك للمضمون عنه ادفعه أنت إلى المضمون له، فدفعه فقد برئا أما الضامن فلوفاء دينه، و أما المضمون عنه فلأن الضامن لم يغرم، فلا يرجع عليه، و يمكن اعتبار التقاص القهرى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحكام الضمان.

لثبوت ما دفعه المديون فی ذمه الضامن، لانه المديون و قد أذن فی وفائه، و ثبوت مثله فی ذمه المضمون عنه لأدائه، فيتقاصان.

و فيه: أن أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه باذن الضامن لا يقتضی اشتغال ذمه الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضا عليه مع عدم قصده، و عدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكا للمديون كما أنه لا يستحق رجوعا على المضمون عنه، لعدم حصول الأداء منه فلا تقاص حينئذ، لعدم ثبوت المالين فی ذمه كل منهما فتأمل، و لو فسرت العباره بإرجاع ضمير قال إلى المضمون عنه، أی قال للضامن ادفعه إلى المضمون له، فقد برئا معا كان ممكنا، و الوجه فيه حينئذ واضح لما عرفت.

و يكون هذا كما لو دفع المضمون عنه إلى المضمون له بغير اذن الضامن فإنه لا إشكال و لا خلاف فی أنه إذا كان كذلك برء الضامن و المضمون عنه بلا رجوع من الضامن على المضمون عنه لعدم الأداء منه عنه، كما هو واضح، و لو تبرع متبرع بالضمان، ثم سأل آخر الضمان عنه فضمن و أدى رجع عليه دون الأصل، و لو أنكر المضمون عنه الإذن فی الضمان، أو أنكر الدين كان القول قوله، و لو أنكر الضامن الضمان فاستوفی الحق منه بالبينه، لم يرجع على المضمون عنه، إذا كان قد أنكر أصل الدين، أو أصل الإذن بالأداء عنه فی ضمن الضمان و غيره، ضروره علمه بفراغ ذمه المضمون عنه، و عدم استحقاق الرجوع عليه، و أنه قد أخذ منه ظلما بالبينه لمخطئه.

نعم لو لم ينكر أصل الدين و لا- أصل الإذن بالأداء عنه، و لا المضمون عنه أصل لإذن له أو ثبت ذلك بحجه شرعيه كان له الرجوع على المضمون عنه مقاصه ظاهرا عدم منافاه إنكار الضمان لذلك، ضروره كونه أخص من استحقاق الرجوع الذی يمكن أن يكون بالإذن بالأداء من دون ضمان، فله المطالبه حينئذ، بأن يقول إنی أديت عنك دينك على وجه أستحق به الرجوع عليك، و يقيم البينه على الإذن إن كانت، و إن كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالإذن، لأن التوصل إلى الحق بطريق

لا يكون مشتملا على محذور جائز.

و الظاهر أنه يسوغ للبينه الشهاده بالإذن من دون تعيين الضمان الذى أنكره حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم، و على كل حال فله الرجوع ظاهرا، نعم له المقاصه باطنا إذا كان كاذبا فى إنكاره الضمان بالإذن، إلا أن يعترف له المضمون عنه بذلك، و لو أذن له بأداء دينه من دون ضمان فادعاه المأذون، و أنكره الأذن كان القول قول المأذون، لأنه وكيله و أمينه، من غير فرق بين تصديق المستحق و عدمه.

نعم لو قيد الاذن إذنه بالإشهاد فتركه المأذون لم يكن له الرجوع عليه، و لو أن صدقه المستحق، إذ يمكن أن يكون تصديقه معاطاه، و ليس الغرض سقوط المطالبه الحاصل بذلك، بل براءه الذمه فى الواقع، و لم يحصل ما يدل عليها، اللهم إلا أن يجعل إقراره بذلك طريقا لها أيضا، على أن الفرض التقييد بالإشهاد و لم يحصل.

نعم لو لم يقيد بذلك و أطلق الإذن أمكن الاكتفاء بإقراره، و إن قلنا بتقصيره بترك الاشهاد على وجه لا يستحق الرجوع معه، إلا أن من المعلوم كون ذلك لإراده سقوط المطالبه و البراءه، و الفرض حصولهما بالإقرار، و كذا لو كان الدفع بحضور الأصيل.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر لك مواقع النظر فيما ذكره الفاضل فى القواعد، بل قد يظهر من بعض كلماته فرض المسأله فى الضمان، و من المعلوم عدم جريان جمله من الفروع فيه، و لذا فرضناها فى المأذون بالأداء بدونه، و قد عرفت الكلام سابقا فى الضمان فلاحظ و تأمل، و قد تقدم لنا سابقا و يأتى فى باب الوكاله و غيرها ما يستفاد منه أيضا وجه النظر فى جمله من ذلك فلاحظ و تأمل جيدا و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا ضمن باذن المضمون عنه ثم دفع ما ضمن و أنكر المضمون له القبض كان القول قوله مع يمينه]

المسأله السابعه: إذا ضمن باذن المضمون عنه، ثم دفع ما ضمن، و أنكر المضمون له القبض، كان القول قوله مع يمينه لأصاله عدم القبض، و فى المسالك «و حينئذ فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشى ء، لعدم تحقق غرمه المشروط

به استحقاق الرجوع» قلت: و هو كذلك و ان توجهت المخاصمه بينهما و يتوجه له اليمين عليه، و لو رد المضمون له اليمين على الضامن فى الأول، فحلف ففى استحقاق الرجوع على المضمون عنه بذلك و عدمه وجهان، أقواهما العدم، بل و كذا فى استحقاقه بتصادق الضامن و المضمون له.

و على كل حال ف فى مفروض المتن ان شهد المضمون عنه للضامن، قبلت شهادته و إن كان الضمان بالإذن، لأنه حينئذ شهاده على نفسه باستحقاق الرجوع، و شهاده على غيره. نعم هى مقبوله كغيرها من الشهادات مع انتفاء التهمه، و اليه يرجع ما عن الفخر من أن شهاده المضمون عنه للضمان ترد إجماعا، و نوقش بالاكتفاء فى ذلك باعتراف الضامن بالأداء إن أثرت فى البراءه، فكالضمان على التأمل عندهم، و فرضت التهمه فيما إذا كان أداء الضامن بالصلح أو بأقل من الحق بالضمان، و بإعسار الضامن مع عدم علم المضمون له، و بتجدد الحجر عليه لفلس، و كان للمضمون عنه عليه دين و بغير ذلك، مما يمكن فرضه، إذ الفرض أنها شهاده مقبوله فى نفسها، إلا إذا اقترنت بما يمنعها من جر نفع، أو خصومه أو غير ذلك، لا أنها مردوده فى نفسها لكونها مما يجر نفعا باعتبار كون الدين دينه، لأنه بالضمان قد برء عندنا، و صار كالأجنبى بالنسبه إلى ذلك، هذا كله على مذهبنا من القول ب اقتضاء الضمان انتقال المال.

اما على مذهب مخالفينا من كونه ضم ذمه إلى أخرى فلا إشكال فى عدم قبول شهادته كما هو واضح و لو لم يكن المضمون مقبولا لجر نفع أو فسق أو خصومه أو غير ذلك فحلف المضمون له كان له مطالبه الضامن مره ثانيه على زعم الضامن.

و لكن يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه أولا (۱۱) على الوجه الذى عرفته سابقا لا الأخير الذى هو ظالم بزعمهما فيه و لو لم يشهد المضمون عنه (۱۲) اى لم يصدق الضامن بدعواه رجع الضامن (۱۳) عليه بما أداه أخيرا (۱۴) لعدم

ثبوت أداء سواه.

نعم الظاهر توجه الخصومه بينهما كما أشرنا إليه سابقا، كما أن الظاهر تقييد ذلك بما إذا لم يزد المدفوع أخيرا على الأول و لا على الحق، و إلا رجع بالأقل من الثلاثه، لأنه إن كان هو ما غرمه أولا فلاعترافه بعدم استحقاق ما سواه، و إن كان ما دفعه أخيرا فلما عرفت من عدم ثبوت غيره، و ان كان هو الحق فلما عرفت من ان الرجوع انما هو في الأقل منه و المدفوع، و لذا قال في بعض نسخ المتن و لو قيل يرجع بأقل الأمرين مما أداه أولا و أخيرا كان حسنا و الله العالم.

[المسأله الثامنه إذا ضمن المريض تبرعا في مرضه و مات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الأصح]

المسأله الثامنه: إذا ضمن المريض تبرعا في مرضه و مات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الأصح من كون المنجزات منه لا من الأصل، إذ لا إشكال في كون الفرض منها. نعم لو ضمن بسؤال ففي المسالك «هو كما لو باع بثمن المثل نسيئه، فالوجه حينئذ أنه متى أمكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الأصل و إن لم يمكن لإعساره و نحوه فهو من الثلث، و لو أمكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحاباه يتوقف ما يفوت منه على الثلث» و لكن لا يخلو من نظر ضروره كونه كالقرض و نحوه لعدم التبرع فيه بشي ء.

[المسأله التاسعه إذا كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصح]

المسأله التاسعه: إذا كان الدين مؤجلا فضمنه حالا باذن المضمون عنه في ذلك و عدمه ففي المحكي عن المبسوط لم يصح، و كذا لو كان إلى شهرين فضمنه إلى شهر لان الفرع لا يرجح على الأصل و وافقه على ذلك فخر الإسلام و الكركي، بل عن المختلف أنه استحسنه، بل قد عرفت أن الاولى مقتضى ظاهر من اعتبر الأجل في الضمان، و إن كان ذلك حيثيه أخرى غير ما نحن فيها، و لذا منع منها هنا من لم يعتبر الأجل فيه.

و لكن مع ذلك كله فيه تردد بل منع لما سمعته سابقا من عدم الدليل على اشتراط الأجل فيه، بل ظاهر الأدله خلافه، كما أنه لم يثبت مانعيه زياده الفرع على الأصل، و دعوى اعتبار مشروعيه الضمان على المساواه ممنوعه، كدعوى

أن ذلک من ضـمان ما لم یجب، باعتبار أن الحلول زیاده فی الحق، و کذا نقصان الأجل و لذا تختلف الأثمان باختلافه، ضروره أن المضمون المال، و الأجل إنما هو من التوابع و من الحقوق للمدیون التی یجوز له التبرع بإسقاطها، و فی وجه إن کان مع اذنه فی الضـمان دون الحلول، لم یسـتحق الرجوع علیه، إلاـ للأجـل، کما عرفته سابقا و کـذا دعوی اعتبار الإرفاق فی الضـمان، إذ لا دلیـل علیها، بل ظاهر الأدله خلافها، علی أنه مع التبرع لا ینافی الإرفاق، کما أنه لا یختص الإرفاق بهـذه الجهه، و قـد أشـرنا إلی ذلک سابقا و الله العالم.

[القسم الثانی فی الحواله]

اشاره

القسم الثانی فی الحواله بفتح الحاء کسحابه، و هی مشروعه بالنص و إجماع الأمه، کما عن المبسوط و لیست بیعا، و لا محموله علیه عند علمائنا أجمع فی محکی التذکره.

و الکلام فیها یکون فی العقد، و فی شروطه و أحکامه

[أما الأول فی العقد]

أما الأول: فالحواله المتفق علی صحتها عقد شرع لتحویل المال من ذمه إلی ذمه مشغوله بمثله و لو باعتبار انتقال مثله إلی المحال علیه، کما ستعرف تحقیق الحال فی ذلک، فلا ینتقض بالحواله علی البری ء، و إن کان الأصح عند المصنف علی ما ستسمع صحتها إلا أن فیها خلافا، و قد حاول الفاضل إدخالها بحذف قید الشغل، لکنه ینتقض بالضمان.

و الأمر فی ذلک کله سهل بعد أن ذکرنا غیر مره أن المراد بها التمییز فی الجمله، فهی أشبه شی ء بالتعاریف اللغویه کسهوله الأمر فی أنها عقد، أو الأثر الحاصل منه، بعد ما عرفت تحقیق الحال فی ذلک فی البیع، و فی أن ألفاظ العقد مخصوصه، أو یحصل بکل ما دل علیه منها، إذا کان علی طریق العرف و اللغه بعد أن تقدم منا تمام الکلام أیضا فی ذلک، بل و فی حکم المعاطاه التی قد تقدم أیضا منا تمام الکلام فیها.

[أما الثانی فی شروطه]

و کیف کان ف یشترط فیها رضی المحیل و المحال علیه و المحتال بلا خلاف أجده فی الأول و الأخیر، بل الإجماع بقسمیه علیها، بل المحکی منهما مستفیض، أو متواتر، و هو الحجه، مضافا إلی أصول المذهب و قواعده، لکن فی المسالک و محکی التذکره و غیرها أنه یستثنی من اعتبار رضی المحیل ما لو تبرع المحال علیه بالوفاء فإنه لا یعتبر رضی المحیل قطعا، لانه کوفاء دینه و ضمانه بغیر اذنه، و العباره عنه حینئذ أن یقول المحال علیه للمحتال: أحلت بالدین الذی لک علی فلان علی نفسی، فیقبل.

و زاد فی المسالک «فیشترط هنا رضی المحتال و المحال علیه، و یقومان برکن العقد، بخلاف رضی المحال علیه فیما تقدم لقیام العقد بغیره» و فیه: إمکان منع صحه

هـذه الحواله، لعـدم إطلاـق فى نصوص المقام يتناولها، و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ(۱)» انمـا يراد منه العقود المتعارفه، أى البيع و الصـلح و الحواله و نحوها، فلا شمول فيه للمشكوك فيه من أفرادها بعد فرض عدم إطلاق فيها يتناولها، بل محكى الإجماع مستفيضا على اعتبار رضى المحيل يشهد بخلاف ذلك، كما أن

اتفـاقهم- على أن المحيـل و المحتـال من أركـان عقـد الحواله، و أن بالإيجاب من الأول، و القبول من الثانى يتم العقـد- يشـهد بخلاـفه أيضـا، ضـروره عـدم اختلاف أركانها، و دعوى قيام المحال عليه مقام ذلك مصادره محضه، مخالفه لما عرفت، فالأولى عدم الاستثناء المزبور، هذا كله فى الأول و الأخير.

و أما اعتبار الرضا فى الثانى فهو المشـهور بل عن الأردبيلى أنه لم يظهر فيه خلاف، بل فى محكى التذكره نسبته إلى أصحابنا، و المختلف إلى علمائنا، بل عن الشيخ دعوى الإجماع، و ان كنا لم نتحققه، و إنما المحكى عن المبسوط و الخلاف ما عن الغنيه و السرائر من الإجماع على صـحه الحواله مع رضاه، بخلاف حال عـدمه، و هو كما ترى ليس إجماعا فى المقام، بل مشـعر بوجود الخلاف، إلا أن الظاهر ارادته، و لو من العامه.

نعم هو محكى عن التقى، بـل لعله ظـاهر المحكى عن المقنعه و النهـايه، بـل عن الفاضـل فى المختلف الميـل اليه، بـل هو خيره المقتصر و التنقيح، و إيضاح النافع، و المسالك و الروضه على ما حكى عن بعضها، بل فى الثانى إن اعتبرنا شغل الذمه و الحواله بمثـل مـا عليه، فلاـ يشترط رضـاه قطعا، و إن لم يشترط الشـغل أو كانت الحواله بالمخالف فلا بـد من رضاه قطعا، و إن كان قد يمنع القطع فيمـا ذكره أخيرا نعم هو كـذلك فى سـابقه أى الحواله على البرى ء بنـاء على صـحتها كما اعترف به غير واحـد من الأفاضل فالبحث حينئذ فى مشغول الذمه و لو بغير المثل كما ستعرف.

و على كل حال فليس للمشـهور بعد الإجماع المحكى الذى لم نتحققه، بل المضـمون توهمه مما عرفت، سوى أصاله بقاء الحق فى ذمه المحيل المقطوعه بعموم «أَوْفُوا» و بإطلاقات الحواله، إذ لا ريب فى عدم اعتبار رضاه فى مفهومه المتحقق بالإيجاب من

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

المحيل، و القبول من المحتال.

و من هنا قيل مع فرض اعتباره لا- فرق بين مقارنته، و لحوقه، بل و سبقه، إذ ليس هو من أركان العقد المعتبر فيه اتصال قبوله بإيجابه، و كونه باللفظ العربى و نحو ذلك، بل لا يبعد كونه كاشفا مع فرض تأخره على نحو الرضا فى عقد الفضولى، إلا أنه لم أجد مصرحا به، كما أنى لم أجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول، بان يكون هذا العقد مركبا من إيجاب، و قبولين، و إن كان هو مقتضى ما تسمعه من دليلهم أيضا، و سوى اختلاف الناس فى سهوله القضاء و الاقتضاء المعلوم عدم رجوعه الى حاصل، ضروره «تسلط الناس على أموالها» و لذا جازت الوكاله على استيفائه، و نقله إلى الغير ببيع و صلح و نحوهما، و سوى دعوى اقتضاء الحواله النقل، كما هو مقتضى ما سمعت من تعريفها بل فى محكى التذكره الحواله تقتضى نقل الحق من ذمه المحيل إلى المحال عليه عند علمائنا أجمع، و كذا عن الخلاف و المبسوط و الغنيه و السرائر، و أنه لذلك سميت حواله، و لا ريب فى توقف الانتقال إلى ذمه الغير على رضاه التى يمكن منعها بالمعنى المزبور، و أنها إنما تقتضى الوفاء بما له فى ذمه الغير عما فى ذمته، خصوصا بعد كون المتعارف فى القصد بالتحويل ذلك، لا انتقال ما فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه عوضا عما له فى ذمته، و لا وجه لاقتضائها ذلك، مع فرض عدم قصده.

نعم هو كذلك فى الحواله على البرى ء التى هى كالضمان بخلاف الفرض الذى هو كالوفاء، بل يمكن اراده كونها ناقله بمعنى اقتضائها نقل ما فى ذمه المحال عليه إلى ملك المحتال عوضا عما له فى ذمه المحيل.

و من هنا تخيل بعض العامه أنها بيع أو معاوضه، بل يمكن إرادتهم فى التعريف المزبور و غيره ذلك أيضا، على معنى اقتضائها انتقال مساوى حق المحتال فى ذمه شخص آخر غير المحيل اليه، بل قد يقال توسعا: اقتضت نقل المال من ذمه إلى ذمه أخرى بالاعتبار المزبور.

و بالجمله فالمسلم و المتعارف فى قصد المتعاقدين ذلك، و هو لا يتوقف على الرضا، إذ هو حينئذ كنقله بغير التحويل من البيع و نحوه، و أما غيره فلا دليل عليه بعد ان لم

یکن من مقصود المتعاقـدین، بل لا یبعـد البطلان مع فرض قصـده، و حینئذ فالقول بعدم اعتبار رضاه لا یخلو من قوه، و إن کان الأحوط خلافه، خصوصا بعد ما عرفت من الشهره العظیمه.

و کیف کان ف مع تحققها جامعه للشرائط یتحول المال إلی ذمه المحال علیه و لو باعتبار انتقال عوضه الذی هو فی ذمه المحال علیه الیه، بـل لعـل المراد أنه یتحول المال ای یتبـدل بما فی ذمه المحال علیه خصوصا بعـد العلم بأن استفاضه هـذه العباره حتی حکی علیها الإجماع غیر واحد، بل صدرت ممن قد صـرح بعدم اقتضاء الحواله النقل بالمعنی السابق، کالمحقق الثانی و الشـهید الثانی انما هو فی مقابله المحکی عن زفر من العامه، حیث قال بعدم تحول الحق عن ذمه المحیل، و جعلها کالضمان عندهم.

و علی کل حال یبرء المحیل و ان لم یبرأه المحتال علی الأظهر الأشهر بل المشهور، لظهور عدم الرجوع

فی خبر أبی أیوب (۱)«سأل أبا عبـد الله (علیه السـلام) عن الرجل یحیل الرجل بالمال، أ یرجع علیه قال: لا یرجع علیه أبدا إلا أن یکون قد أفلس قبل ذلک»

- فی البراءه المزبوره ک

خبر منصور بن حازم (۲)«سألت أبا عبد الله (علیه السـلام) عن الرجل یحیل علی الرجل بالدراهم أ یرجع علیه؟ قال: لا یرجع علیه أبدا إلا أن یکون قد أفلس قبل ذلک»

و خبر عقبه(۳)عن أبی الحسن (علیه السلام) «سألته عن الرجل یحیل الرجل بالمال علی الصیرفی، ثم یتغیر حال الصیرفی، أ یرجع علی صاحبه إذا احتال و رضی؟ قال: لا»

بل ذلک مقتضی الحواله التی هی بمعنی النقل و لو بالوجه الذی ذکرناه الذی هو نقل المال

الـذی فی ذمه المحـال علیه إلی المحتال، لکن من المعلوم کون ذلک بـدلا و عوضا عما للمحتال فی ذمه المحیل. لأنها من قبیل الوفاء فیقتضی حینئذ براءه ذمه المحیل.

خلافا للمحکی عن أبی علی و الشیخ فی النهایه و أبی الصلاح و القاضی، و ظاهر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الضمان الحدیث- ۱-.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الضمان الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الضمان الحدیث ۴.

المقنعه، بل عن المقداد فی التنقیح اختیاره، فاعتبروا براءه المحتال، و إلا لم یبرء.

ل

خبر زراره(۱)«عن أحدهما علیهما السلام فی الرجل یحیل الرجل بما کان له علی رجل آخر فیقول له الذی احتال برأت مما لی علیک؟ فقال: إذا ابرءه فلیس له أن یرجع علیه، و إن لم یبرأه فله أن یرجع علی الذی أحاله»

لکنه خبر واحد موافق للمحکی عن الحسن البصری، و محتمل لإراده الرجوع علیه و لو فی حال الإعسار مع الجهل به، و للکنایه عن القبول و الرضا بالحواله، فلا یصلح معارضا لتلک الأخبار، و لو علی جهه التقیید، و لا لما دل علی اللزوم فی عقد الحواله المستفاد من الآیه و الإجماع و غیر هما، بل رد هذا القول- مضافا إلی ما ذکرنا- بالإجماع بقسمیه، علی اقتضاء الحواله نقل المال من ذمه المحیل إلی ذمه المحال علیه، و لکن قد یناقش بمنع الإجماع المزبور، إذ لا یتصور معه

الخلاف المذکور الذی قد سمعته من غیر واحد، بل المخالف إنما عبر بلفظ الأظهر و نحوه، و لو أن هذا الإجماع محقق لم یتصور محل للإبراء معها، کما لا تصح هی إذا وقع قبلها.

و من الغریب ما فی المسالک فی المقام حیث قال: «حکمان أحدهما: أن الحواله تفید نقل المال و تحوله من ذمه المحیل إلی ذمه المحال علیه، و هو موضع وفاق منا و من العامه إلا من شذ منهم، فإنه جعلها کالضمان بمعنی الضم، و فساده ظاهر- الی أن قال:- و ثانیهما: أن المحیل یبرأ من حق المحتال» إلی آخر ما ذکره مع أنه فی السابق عند البحث علی اعتبار رضی المحال علیه، بعد أن ذکر دلیل الخصم أنها تقتضی الانتقال قال: «انا نمنع من اقتضاء الحواله النقل، بل هی إیفاء لما فی ذمه الغیر، فلا یقصر عن بیعه و لا یشترط فیه رضاه» إذ مع فرض تحقق الإجماع المزبور لا یتصور النزاع المذکور.

نعم ما یمکن تسلیمه من الإجماع اقتضاء الحواله النقل بمعنی انتقال ما فی ذمه المحال علیه الی المحتال، و أما اقتضاؤها مع ذلک براءه ذمه المحیل علی وجه لیس له الرجوع علیه و ان لم یقبض من المحال علیه، فلا، عند من عرفت، جمعا بین النصوص

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الضمان الحدیث- ۲.

المزبوره بالإطلاق و التقييد، مضافا إلى أصاله بقاء ذمه المحيل، و إن كان الأقوى خلافه لقصور الخبر المزبور عن ذلك، و لأن الحواله و ان كان الأصح انها قسم برأسه، لكنها بحكم الاستيفاء أو الاعتياض.

و على كل حال تقتضى براءه ذمه المحيل، و لأن المراد و المقصود من المتعاقدين بها ذلك، فيعلم أن شرعيتها على الوجه المزبور بحيث لو قصد خلافه مصرحين لم تشرع الحواله كما هو واضح و الله العالم.

و يصح أن يحيل على من ليس له عليه دين وفاقا للمشهور بل عن السرائر الإجماع عليه و هو الحجه بعد إطلاق النصوص السابقه، و عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و السيره على فعلها بحيث يعلم شرعيتها، خلافا للمحكى عن الشيخ فى آخر الباب، و ربما حكى عن القاضى و ابن حمزه، و إن كنا لم نتحققه، فانحصر الخلاف فيه، بل المحكى عنه فى أول الباب الموافقه.

و بنى الخلاف بعضهم على ان الحواله اعتياض أو استيفاء، فعلى الأول لا تجوز، و على الثانى تجوز، و فيه: أن الأصح كونها أصلا برأسه، و إن لحقها حكم الوفاء فى بعض الأحوال، و الاعتياض فى بعض آخر، و إلا فمن المعلوم أنها ليست وفاء حقيقه و لذا لا يجب قبولها، و إن كانت على ملى، و لا بيعا كذلك، و لذا لم يثبت لها حكم التقابض فى المجلس لو كانت فى النقد.

و على كل حال فلا دليل للخصم سوى الأصل المقطوع بما عرفت، و دعوى استبعاد اختلاف مقتضاها، و المراد منها، إذ هى على مشغول الذمه انتقال، و على البرى ء معنى الضمان.

و من هنا قال المصنف لكن ذلك بالضمان أشبه بل عن الكاشانى الأظهر أنها ضمان، و إن كان فيه ما لا يخفى، ضروره عدم حصول إنشاء ذلك من المحال عليه حتى تكون ضمانا، بل أقصاه الرضا بما أنشأ المحيل من معنى الحواله التى هى

حينئـذ بمعنى الوفاء بإثبات مثل ذلك فى ذمه البرى ء، أو الاعتياض عنه بذلك، و هو معنى غير معنى الضـمان، بل هو قريب من الحواله على المشـغول، و مثل ذلك لا يقدح فى العقد، فإن أفراد البيع مثلا أشد من ذلك تفاوتا، فما عن الكركى من التأمل فى الجواز فى غير محله و الله العالم.

و إذا أحـاله على الملى الوفى لم يجب القبول بلاـ خلاـف أجـده فيه، بـل الإجماع بقسـميه عليه، بل قـد عرفت المحكى منه على رضـى المحتال مستفيضا، مضافا إلى الأصل السالم عن معارضه ما دل على وجوب قبول الوفاء من باذله، بعد معلوميه عدم كونها وفاء حقيقه، على وجه تندرج فى إطلاق تلك الأدله، بل هى ناقله كما عرفت.

فما عن داود الظاهرى من الوجوب لذلك-

و للنبوى (صلى الله عليه و آله) المرسل «إذا أحيل أحدكم على الملى فليحتل»

الذى لم نجده فى طرقنا و لا جابر له و لا شاهد و ينبغى حمله على الندب- واضح البطلان.

لكن لو قبل الحواله عليه لزم و ليس له الرجوع و لو افتقر كما لو كان فقيرا من أول و قد علم به و رضى، بلا خلاف و لا اشكال، بعـد معلوميه كون الحواله من العقود اللاـزمه، مضافـا إلى النصوص السـابقه خصوصـا خبر عقبه منها بل عن الخلاف أنه المروى عن أمير المؤمنين (عليه السـلام)، فما عن أبى حنيفه- من أن له الرجوع إذا جحـده المحال عليه، أو مات مفلسا، و عن عمرو أبى يوسف و محمد بن الحسن إذا أفلس و حجر عليه الحاكم- واضح الفساد من غير فرق فى ذلك بين أخذ المحتال شـيئا من المال و عدمه، لإطلاق النص و معقد الإجماع و غيرهما من أصاله اللزوم و نحوها، بل عن المختلف الإجماع على ذلك صريحا، خلافا للمحكى عن سـلار فجوز الرجوع مع عدم الأخذ لعدم تتمه القبول بدونه، و هو شاذ نادر واضح الضعف نعم هذا كله فى المحال عليه الملى ثم افتقر.

أما لو قبل الحواله جاهلا بحاله، ثم بان فقره وقت الحواله كان له الفسخ

و العود على المحيل بلا خلاف أجده فيه كما عن الغنيه الاعتراف به، بل في محكى التذكره نسبته إلى علمائنا، و السرائر إلى أصحابنا، بل عن الخلاف الإجماع عليه، و هو الحجه بعد النصوص السابقه، و قاعده الضرر و غيرها، بل ظاهر إطلاق النص و الفتوى ما صرح به جماعه من ثبوت الخيار أيضا، حتى لو تجدد اليسار و العلم بسبق الفقر، لتحقق المقتضى له فيستصحب، و ليس العله الإعسار ما دام، ليزول بزواله، و دعوى كون المنشأ فى ذلك الضرر بحيث يزول بزواله لا شاهد لها، بل الشاهد على خلافها متحقق، و يمكن أن يكون ذلك حكمه لا عله.

و عن الفخر أنه بنى ذلك على كون علل الشرع معرفات، أو علل حقيقيه، و على الثانى هل الباقى مستغن عن المؤثر أو محتاج، فعلى الأولين يثبت الخيار، و على الثانى من الثانى يزول، و لا بأس به بعد معرفه كون علل الشرع معرفات، و عدم احتياج الباقى فى بقائه إلى غير الأول كما هو محرر فى محله، و هل هو على الفور أو التراخى؟ وجهان: أقواهما الثانى، للإطلاق و غيره، كما ذكرنا فى نظائره، ثم إن الظاهر إراده الإعسار من الفقر فى كلام المصنف اقتصارا على المتيقن فيما خالف قاعده اللزوم، كما أنه المراد من الإفلاس فى النص، لا تحجير الحاكم بالإفلاس.

نعم الظاهر ثبوت الخيار له و إن بذل المال بقرض و نحوه، بل و لو تبرع متبرع عنه، للإطلاق، و منه يعلم أن ليس المدار على قاعده الضرر، على وجه يدور الحكم معه، و قد تقدم فى الضمان ما لا يخفى عليك جريانه فى المقام، كغيره من أحكام الأجل و اشتراط الخيار و غير ذلك مما لا فرق فيه بين الضمان و الحواله، خصوصا إذا كانت على البرى ء.

و إذا أحال بما عليه على مشغول له بذلك، أو برى ء بناء على الصحه ثم أحال المحال عليه المحال بذلك الدين كذلك صح بلا خلاف و لا إشكال لاجتماع شرائط صحتها فتندرج فى إطلاقها المندرج فى آيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ(۱)» و كذا لو

ترامت الحواله بتعدد المحال عليهم، و اتحاد المحال، كما لو أحال

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

المدیون زیدا علی عمرو، ثم أحال عمرو، زیدا علی بکر، ثم أحال بکر، زیدا علی عمرو و هکذا، لوجود المقتضی و ارتفاع المانع، و بتعدد المحتال أو المحیل و اتحال المحال علیه، کما لو أحال المحتال من له علیه دین علی المحال علیه، و هکذا بل کما یصح ترامیها یصح دورها، کالضمان بأن یعود إلی المحیل الأول إذا فرض شغل ذمته للمحال علیه، أو قلنا بصحتها علی البری ء، بل لم نجد خلافا هنا و إن سمعته فی الضمان کما هو واضح.

و إذا قضی المحیل الدین بعد الحواله ف هو کما لو قضاه أجنبی المعلوم حکمه بأنه إن کان بمسأله المحال علیه، رجع علیه، و إن تبرع، لم یرجع و یبرأ المحال علیه ضروره کونه بالحواله قد برئت ذمته فیکون حینئذ اداؤه کأداء الأجنبی الذی قد علمت حکمه.

و یشترط فی المال المحال به أن یکون معلوما فی المشهور علی ما اعترف به غیر واحد، بل عن مجمع البرهان لعله لا خلاف فیه، بل فی المحکی عن التحریر یجب ان یکون معلوما، فلا یصح بالمجهول إجماعا بل فی مفتاح الکرامه «لم نجد المخالف» و إنما ذکرت الصحه مع الجهل احتمالا فی التذکره و المسالک و مجمع البرهان، نعم لم یذکر هذا الشرط فی عداد الشرائط فی الوسیله و الغنیه و غیرهما، و لعله و إن أمکن أن یکون ذلک لمعلومیته، إلا أن الإنصاف عدم خلوه عن الإشکال إن لم یتم الإجماع المزبور، خصوصا علی ما یظهر من قواعد الفاضل، من اعتبار علم الثلاثه، ضروره عدم الدلیل علیه إلا دعوی الغرر الذی لم یثبت مانعیته علی الإطلاق، حتی لو قلنا بأن الحواله اعتیاض، فإنه أیضا لم یثبت مانعیته فی مطلق المعاوضه.

و أما علی القول بأنها استیفاء فقد قیل: إنه لا یمکن استیفاء المجهول، و منعه واضح، خصوصا بعد ما عرفت من صحه ضمان المجهول، و یلزم مما تقوم به البینه، و الأولی إحاله ذلک علی ما سمعته فی الضمان، خصوصا فی الحواله علی البری ء التی هی شبیهه به، و خصوصا مع فرض إمکان اندفاع الجهاله بعد ذلک بالرجوع إلی دفتر و نحوه، أو کانت الجهاله فی خصوص المقدار مع العلم بعدم زیادته عن مأه مثلا، و عدم

نقصـانه عن عشـره، على أن الحواله به على جهـالته تقتضـى ثبوته فى ذمه المحـال عليه، نحو ما كان فى ذمه المحيل، فيرجع معه إلى الصـلح و نحوه نعم يتم ذلـك فى الجهاله بسـبب الإبهام كالحواله بأحـد الـدينين على حسب ما عرفته فى الضـمان فلاحظ و تأمل و الله العالم.

و كذا يعتبر فيه أن يكون ثابتا فى الذمه أى ذمه المحيل، و لو متزلزلا فلا حواله فى غير الثابت فيها، و إن وجد سببه كمال الجعاله مثلا قبل العمل، بناء على عدم ثبوته فى الذمه قبله، فضلا عما لم يوجد سببه كالحواله بما سيستقرضه، نحو ما سمعته فى الضمان، بل فى بطلان الحواله فى المتزلزل حينها بالفسخ بعد ذلك نظر، و إن وجب عليه دفع الثمن مثلا من غير ذلك.

نعم تصـح الحواله بالثـابت فى الـذمه سواء كـان له مثـل كالطعام، أو لا مثل له كالعبـد و الثوب لإطلاق الأدله و عمومها، من غير فرق بين الحواله به على مشـغول الـذمه بمثله وصـفا و جنسا أو على برى ء خلافا للمحكى عن الشـيخ فى أحـد قوليه و ابن حمزه فمنعا من الحواله بالقيمى، للجهاله، و ضـعفه واضـح، بعـد معلوميه صـحه السـلم و غيره فيه، باعتبار انضـباطه بالوصف فمع فرض اشـتغال ذمته بعبـد موصوف مثلاـ بمـاله فى ذمه آخر، أو كـان بريئا و أراد إثباته فى ذمته على نحو ما كان عليه بطريق الحواله أو الضمان لم يكن وجه للإشكال فى صحته.

كما لا وجه للإشـكال فى صـحه ذلك لو فرض كون الثابت فى الـذمه قيمه القيمى بإتلاف و نحوه، ضـروره كون الحواله حينئذ بـالقيمه التى هى مثليه، فليس حينئـذ للجهاله التى ذكرها محل حتى مع فرض تعـذره الموجب للرجوع إلى القيمه كالمثلى، بل لا يبعـد إن لم يكن إجماعـا جواز الحواله بالاعمـال على البرى ء أو على مشـغول الـذمه للمحيل بمثلها، بناء على أنها بحكم المال، بـدليل صـحه وقوعهـا ثمنـا للمـبيع و عوضـا للخلع و مهرا فى النكـاح من غير فرق بين كون المراد منهـا الثواب أو غيره، و حينئذ فيصح إحاله مشغول الذمه بقراءه القرآن و زياره، أو صلاه، أو حج أو غير ذلك على برى ء أو على مشغول الذمه له بمثل ذلك، و كذا يصح ضمانه، لكن لم أجد مصرحا به، كما أنه لم أجد فى نصوص الحواله ما هو صريح فيه أو ظاهر، بل هو غير متعارف.

و كيف كان فعن الشيخ فى أول الباب من المبسوط، و ابنى زهره و حمزه و القاضى أنه يشترط فى صحه الحواله تساوى المالين أى المحال به و المحال عليه جنسا و نوعا و وصفا بل لعله ظاهر النافع و غيره مما عرف فيه الحواله بتحويل المال من ذمه إلى ذمه مشغوله بمثله، بل عن التذكره من مشاهير الفقهاء وجوب التساوى فى الدينين، للأصل بعد عدم إطلاق فى نصوص الباب يوثق به فى تناول المفروض، و لا سيره كاشفه و لا غيرهما مما يطمئن به.

و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» قد ذكرنا غير مره أن المراد منه بيان لزوم العقود المتعارفه المذكوره فى كتب الفقهاء، فلا دلاله فيها على صحه المشكوك فيه من أفراد نوع منها، بعد ان لم يكن فى أدلته بالخصوص إطلاق صالح لشموله، على أن فى الحكم بالبطلان تفصيا من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه و جواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضى معاوضه مستقله أو وفاء للأدله الخاصه التى لا تشتمل الحواله قطعا، و إن كان لها حكم الوفاء فى بعض الأحوال دون بعض، كما عرفته سابقا و لعله إلى ذلك يرجع الاستدلال على المطلوب من بعضهم، بأن حقيقه الحواله تحويل ما فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم، و له على المحال عليه دنانير، كيف يصير حق المحتال عليه دراهم، و لم يقع عقد يوجب ذلك، فإن الحواله إن كانت استيفاء كان بمنزله من استوفى دينه، و أقرضه المحال عليه، فحقه الدراهم، لا الدنانير، و إن كانت معاوضه فليست على حقيقه المعاوضات التى يقصدها تحصيل ما ليس بحاصل، من جنس مال، أو زياده قدر أو وصف، و إنما هى معاوضه إرفاق و مسامحه للحاجه، فاشترط فيها التجانس و التساوى لئلا يتسلط على المحال عليه بما ليس فى ذمته، بتقريب كون المراد أن الثابت من مشروعيه الحواله النقل المزبور و التبديل المذكور، لا غيره، و حينئذ لا تقتضى غيره و إن تراضيا، لان تراضيهما على ما لم يجعله الشارع مقتضى عقد، لا يكون مقتضيا لترتب ذلك عليه و إن قصداه و تراضيا به.

و لكن مع ذلك كله قال المصنف فيه تردد بل عن المبسوط فى

موضع منه و التذكره، و التحرير، و الحواشى، و اللمعه، و التنقيح، و إيضاح النافع، و جامع المقاصد، و المسالك، و الروضه، و مجمع البرهان، و المفاتيح، اختيار الجواز.

بل فى المسالك «أنه إن اشترطنا رضى المحال عليه و جوزنا الحواله على البرى ء فلا وجه للمنع أصلا، لأنه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس لتصح، فإذا كان و رضى تعين الجواز، بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه خاصه، لأن الحواله إن كانت استيفاء كما هو الظاهر، فالاستيفاء جائز بالجنس و غيره مع التراضى، و إن كانت اعتياضا فكذلك، لجواز المعاوضه على المختلفين، و ليست معاوضه بيع حتى يعتبر فيها التقابض حيث يعتبر فيه. نعم قد نقول هنا مع جواز الحواله على البرى ء أن الحق لم يتحول إلى الدنانير، و إنما لزم المحال عليه للمحتال دنانير، و بقيت الدراهم فى ذمته للمحيل، فيعتبر فى التقاص تراض جديد، و هذا أحسن، إلا أن الأول أجود، لحصول التراضى سابقا على تحول الحق إلى ما فى ذمه المحيل، و حينئذ فالتسلط الذى هربوا منه انتفى منعه بالتراضى ثم قال : و قد تحرر من ذلك أن القائل بعدم صحه ذلك لا يتم له مطلقا، إلا أن يقول بعدم جواز الحواله على البرى ء و إلا صحت الحواله هنا، إلا انها تكون كالحواله على من لا دين له عليه، لا أنها تقع باطله مطلقا، إذ لا تقصر عن تلك، و أن القائل بعدم اعتبار رضى المحال عليه، لا يتجه له القول هنا بالحصه، سواء تحول الحق إلى جنس المحال به، أم بقى كل واحد بحاله، لتوقف كل واحد من القسمين على التراضى، فإن الأول استيفاء من غير الجنس له، أو معاوضه عليه، و الثانى حواله على البرى ء، و كلاهما مشروط بالرضا، نعم لو قصد بالحواله تحول حق المحتال إلى ما فى ذمه المحال عليه اتجه القول بالجواز، من دون رضى المحال عليه، و سقط معه محذور التسلط الذى جعلوه مانعا» انتهى كلامه و نقلناه بطوله. لأنه أقصى ما قيل فى المسأله.

و لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه من عدم إفاده التراضى بعد فرض عدم اقتضاء مشروعيه الحواله ذلك، لعدم الدليل، و ما ذكرناه أيضا

من أنهـا عقـد مسـتقل برأسه، و إن ثبت له بعض أحكـام الأـداء، و بعض أحكـام المعاوضه، إلا أن ذلك لا يقتضـى ترتب جميع أحكامها كما هو واضح.

و أما ما ذكره من بناء المسأله على جواز الحواله على البرى ء، فهو خارج عن المقام قطعا، ضروره كون المراد الحواله على نفس الحـق المخـالف، لاـ الحواله على من عليه الحق، مع قطع النظر عن ذلـك، و دعوى صـيرورتها حواله على برى ء مع فرض قصـد الجميع الحواله على نفس الحق كما ترى.

و بذلك يظهر أن هذه المتعبه التى ذكرها لا طائل تحتها، و إنما وجه المسأله هو إثبات صـلاحيه الحواله لهذا التغيير و التبديل، و عـدمه، فبين جـازم فى الأول، و جازم فى الثانى، و متردد، و لا ريب فى أن مقتضـى الأصول العـدم، و لو للشك فى ذلك لعـدم الإطلاق الذى يوثق به، فضلا عن غيره كما عرفته مفصلا، و الاحتياط فى ذلك غير خفى، و لو بأن يقلب حق المحتال إلى جنس ما عليه الحق بعقد من العقود القابله لذلك، ثم يحيله عليه أو بغير ذلك.

و لو أحـال على محـال عليه فقبل و أدى ثم طالب بما اداه، فادعى المحيل أنه كان له عليه مال، و أنكر المحال عليه، فالقول قوله مع يمينه لأـن الأصـل البراءه و حينئـذ يرجع على المحيـل بمـا أداه، و رضـاه بعقـد الحواله، أعم من اشـتغال ذمته، لمـا عرفت من صحتها على البرى ء بل فى المسالك، و محكى جامع المقاصـد و مجمع البرهان أنه كذلك حتى لو اشترطنا فى الحواله اشـتغال ذمه المحال عليه.

قال فى الأول منها: «تساقط أصـلى البراءه و صـحه العقـد بالتعارض، فيبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل باذنه، فيرجع عليه، و لاـ يمنع وقوع الإـذن فى ضـمن الحواله البـاطله المقتضـى بطلانها لبطلان تابعها، لاتفاقهما على الأذن، و انما اختلفا فى أمر آخر، فـإذا لم يثبت مـا اختلفـا فيه، يبقى مـا اتفقا عليه من الأذن فى الوفاء المقتضـى للرجوع، على أن فى زوال الإذن الضـمنى بزوال ما يثبت فى ضمنه هنا يأتى تحقيقها إنشاء الله فى الوكاله المعلقه على شرط».

و فيه: أن المتجه تقديم قول المحيل، مع فرض اعتراف المحال عليه بالحواله

المحموله على الصحيح، القاطع لأصل البراءه، و لاقتضاء الرجوع بالإذن، ضروره كون الاعتراف بها اعترافا بشغل الذمه أما مع عدم اعترافه بكون الواقع الحواله و لكن أحال عليه باذنه لاحقا أو سابقا فعن التذكره ذلك أيضا، لو ورد أصل الصحه على أصل البراءه، و انقطاعه به.

لكن قد يناقش بعدم اقتضاء أصل الصحه شغل ذمه الغير الذى رضاه ليس من أركانها، فهى حينئذ صحيحه فى حق المحيل و المحال، فلو ادعى أحدهما بطلانها كان القول قول مدعى الصحه منهما، أما المحال عليه فهو خارج عن أركان عقدها، إذ القبول الذى قام به العقد من المحتال لا منه، فلا يقتضى صحتها فيما بينهما اشتغال ذمه الخارج و إن قلنا باعتبار رضاه، و حينئذ فأصل البراءه سالم عن معارضه أصل الصحه الذى هو فى حق المتعاقدين، فيبقى قاعده احترام مال المسلم الذى لم يتبرع بأدائه بحالها، و لو للإذن فى ضمن الحواله التى هى صحيحه فى حق المحيل، باطله فى حق المحال عليه، و ليس ذلك من بقاء الإذن الضمنى بعد زوال ما ثبت فى ضمنه المفروغ من بطلانه حتى فى الوكاله المعلقه على شرط، كما أوضحناه فيها.

و مما ذكرنا يظهر لك وجه النظر فيما ذكروه دليلا للمسأله، و الأولى تقريره بما قلناه، و لعله إليه أومأ فى جامع المقاصد- فى الرد على دعوى تعارض أصلى البراءه و الصحه،- بقوله «سيأتى عن قريب بيان عدم الاعتداد بهذا الأصل». و على كل حال فقد يشعر قول المصنف و غيره «فقبل و أدى» كون الحواله على البرى ء كالضمان فى عدم استحقاق الرجوع إلا بالأداء، لما عرفته فى الضمان الذى يشبهه المفروض فلاحظ و الله العالم.

و تصح الحواله بمال الكتابه و لو المشروطه بعد حلول النجم لثبوته فى ذمه المكاتب و هل تصح قبله؟ قيل: و القائل الشيخ على ما فى المسالك لا يصح لجواز تعجيز نفسه، فتنفسخ الكتابه، و قد منعوا ذلك عليه كما تسمعه فى باب الكتابه، إنشاء الله، و مع تسليمه فأقصاه كون المال فى ذمه العبد متزلزلا كالثمن فى مده الخيار، و ذلك لا يمنع الحواله، كما لا يمنع ضمانه.

نعم لو قلنا بعدم اقتضاء الكتابه ثبوت مال فی ذمه العبد-، لعدم ذمه اختیاریه له، و إن وجب علیه أداء مال الکتابه إلا أنه من التکلیف لا الدین- اتجه حینئذ عدم صحه الحواله به، من غیر فرق بین حلول النجم و سابقه، بل المحکی عن الشیخ عدم الفرق بینهما أیضا نحو ما سمعته فی الضمان.

ثم إنه فی المسالک بعد أن اختار جواز الحواله به مطلقا قال: «فعلی هذا فلا یعتق العبد بالحواله لأنها لیست فی حکم الأداء بل فی حکم التوکیل علیه بقبضها، و ان افترقا بکون الحواله لازمه، و حینئذ فلو أعتق السید المکاتب بطلت الکتابه، و لم یسقط عن المکاتب مال الحواله، لأن المال صار لازما للمحتال، و البطلان طار، و لا یضمن السید ما یغرمه من مال الحواله».

و لا- یخفی علیک ما فیه من التفریع أولا- و إنکار کون التحویل بحکم الأداء ثانیا، مع أنه اعترف به فیما یأتی بأنها تفید ملک المال للمحتال، مضافا إلی اعترافه سابقا باقتضائها براءه ذمه المحیل مما علیه، و براءه ذمه المحال علیه مما کان للمحیل علیه، لأنها استیفاء أو اعتیاض.

و علی کل حال فهی بحکم الأداء هنا و فی غیره، بل لعلها کالضمان الذی اعترف بکونه أداء سابقا أو أولی، بل اعترف أیضا بکونها کالأداء فیما لو أحال العبد سیده، کما ستسمع، و عدم بطلان الحواله علی مال الکتابه بعد فرض بطلان الکتابه ثالثا، و حینئذ فالمتجه تحریره بذلک، و بطلان عتق السید.

و لو باعه السید سلعه فأحاله بثمنها جاز لأن حکم المکاتب بالنسبه الی ذلک حکم الأحرار، من غیر فرق بین سیده و بین غیره، خلافا للمحکی عن الشیخ فمنع جواز شرائه من سیده، لجواز فسخ الکتابه الموجب علی فرض صحه البیع استحقاق السید علی عبده شیئا، بخلاف الأجنبی، بل فی المسالک نسبته الی الشیخ و جماعه و إن کنا لم نتحققه، بل فی قواعد الفاضل أنه الأقرب و هو کما تری.

و لو کان له أی المکاتب علی أجنبی دین فأحال سیده علیه ب جمیع ماله من مال الکتابه الذی فی ذمته صح لوجود المقتضی

و ارتفاع المانع و لانه يجب عليه أى المديون تسليم ما على ه من الدين لصاحبه، أو لمن يحيله عليه به، و كان ذلك أداء منه موجبا لتحريره كما اعترف به فى المسالك و غيرها، سواء أدى المحتال عليه المال للسيد أو لا، بل لو أفلس لم يتغير الحكم. نعم لو كان ما أحاله به دين متزلزل، ففى نفوذ التحرير أو مراعاته بعدم الفسخ إشكال.

[و أما الثالث فى أحكامها و هى مسائل]

اشاره

و أما أحكامها: فمسائل

[المسأله الأولى إذا قال لمن له عليه دين أحلتک عليه فقبض فقال المحيل قصدت الوكاله و قال المحتال إنما أحلتنى بما عليک فالقول قول المحيل]

الأولى: إذا قال لمن له عليه دين: أحلتک بالدين الذى لک على على مالى عليه من دين و نحو ذلک مما هو صريح فى الحواله فلا إشكال فى تقديم قول مدعيها، اما لو قال أحلتک عليه و نحوه مما هو ليس صريحا فيها فقبض فقال المحيل: قصدت الوكاله، و قال المحتال: إنما أحلتنى بما عليک ف عن المبسوط ان القول قول المحيل.

بل فى المسالک نسبته الى الشيخ و جماعه، و ان كنا لم نتحققه نعم فى قواعد الفاضل انه أقرب لأنه أعرف بما قصد بلفظه إذ لا يعلم إلا من قبله، مضافا إلى أصاله بقاء المال ملكا للمحيل، و بقاء حق المحتال فى ذمته، و تعارف عقد الوكاله بنحو ذلک، كتعارف اسم التحويل على الوكيل الذى لا دين له، خصوصا إذا كان المراد الاذن فى القبض له لا للموكل.

و (۱۱) لكن مع ذلک فيه تردد (۱۲) من ذلک، و من أن الأصل إراده الحقيقه التى هى الحواله بالمعنى المتعارف، بخلاف الوكاله، و إن صح عقدها بلفظ التحويل بالقرينه، بل فى جامع المقاصد و محكى التحرير ترجيح قول المحتال، لأنه الموافق للأصل المزبور الذى يجب حمل اللفظ عليه حال التجرد عن القرينه، و الا لزم الإغراء بالجهل، بل لو قدح احتمال التجوز لقدح فى جميع الأبواب من بيع، أو صلح و إقرار و نكاح و غيرها، فيكون حينئذ قول المحيل مخالفا للأصل يكلف بالبينه و أما الأصلان

المزبوران فيقطعهما ظاهر لفظ الحواله المحمول على ذلك، بل لو سلم تعارض الأصول كان مقتضى اليد كافيا فى ذلك، لأن الفرض أنه قبض.

و فى المسالك «هذا التوجيه حسن لو سلمنا كون الحواله مجازا فى الوكاله، لكنه محل نظر، لأن الوكاله لما كانت تتحقق فى ضمن كل لفظ يدل على الأذن بطريق الحقيقه، و كان معنى الحواله مؤديا لذلك، لأن معنى أحلتك كما يحتمل اراده تحويل المال من ذمه إلى ذمه، يحتمل اراده تحويل المطالبه من المحيل إلى المحتال، ففائدتها تسليطه على المحال عليه، أو نقول إن دلالتها على الإذن للمحتال حاصله على التقديرين، و انما الكلام فى معنى الزائد على الأذن، و هو تحويل الحق ثم قال : و كون المراد منها الحواله بالمعنى المتعارف أظهر، لا شبهه فيه لكنه لا يدل على مجازيه الأخر، لجواز كونه من باب المشترك الذى يراد به أحد معانيه بقرينه، و إلا فمرجع الأمر إلى أنه هل هو من باب الحقيقه، أو المجاز، أو من باب المشترك الذى دلت القرائن على إراده أحد معنييه، و تظهر الفائده فى كون الآخر حقيقه، أو مجازا و بواسطه ذلك يختلف الحكم».

ثم استشعر بأن التبادر علامه الحقيقه، و عدمه علامه المجاز، و لا ريب فى تبادر المعنى المتعارف من لفظ الحواله، بخلاف الوكاله المحتاجه إلى القرائن، و أجاب بأن هذه العلامه لا تتم فى المشترك الذى يتبادر إلى الذهن أحد معنييه مع القرينه، مع أنه حقيقه فى الفرد الآخر أيضا.

ثم استشعر بأن الحواله فى الفرد المتعارف حقيقه شرعيه، و فى الوكاله حقيقه لغويه، و عند التعارض تقدم الاولى، خصوصا مع اعتضادها بالعرف المقدم على اللغه أيضا، ثم أجاب بأنها فى الوكاله أيضا حقيقه شرعيه، و إن وافقتها اللغه، و ترجيح الشرع و العرف للمعنى المتعارف من الحواله يقتضى ترجيح أحد معنيى المشترك، و هو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقه.

ثم استشعر بأن من المعلوم أولويه المجاز من الاشتراك عند التعارض، و أجاب بمنع ذلك أو لا، بل قد قال جمع من المحققين بأولويه الاشتراك و بتسليمه ثانيا و

و لكن إذا لم يثبت، و قد أثبتناه، ثم قال ما حاصله: أنه و إن كان الظاهر من معنيى المشترك فى المقام المعنى المتعارف، إلا أنه يرجع الأمر إلى تعارض الأصل- الذى هو بقاء حق المحيل و المحتال- و الظاهر، فإن قدمنا الأول كما هو الراجح فى استعمالهم، فالقول قول المحيل، كما اختاره المصنف و جماعه، و إن قدمنا الظاهر، فالقول قول المحتال إلى غير ذلك مما أطنب فيه.

و هو كما ترى، بل ما كنا لنؤثر وقوع ذلك منه، ضروره أنه لم يذكر دليلا صالحا للاشتراك، فإن وقوع الوكاله بكل لفظ يدل على الإذن حقيقه و منه الحواله لا يقتضى ذلك، كما أن دلالتها على الإذن للمحتال بطريق الحواله كذلك أيضا، للقطع بكونها اسما للعقد المخصوص، و من هنا لا يحتاج إنشاؤه بها إلى قرينه تدل على ذلك.

و أغرب من ذلك إنكار كون التبادر علامه للحقيقه، محتجا عليه بما عرفت، مع أن من المعلوم اراده التبادر من حيث إطلاق اللفظ، لا مع القرائن، و لا ريب فى أن المشترك مع عدم القرينه يتبادر جميع معانيه، و هو علامه كونه حقيقه فيها، و تبادر بعضها خاصه بالقرينه لا ينافى ذلك.

و أغرب منه جميع ما ذكره من الحقيقه الشرعيه و اللغويه و العرفيه، و أغرب منه قوله تعارض الأصل، و الظاهر، مع أن المقام ظاهر لفظ لا- يعارضه الأصل، و بالجمله هو رحمه الله و إن أطنب فى ذلك لكن بما لا ينبغى صدوره منه، و التحقيق ما عرفت هذا كله مع القبض.

أما لو لم يقبض و اختلفا فقال: وكلتك فقال: بل أحلتنى ف فى المتن أن القول قول المحيل قطعا كما فى القواعد لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا، ضروره أن عقد الحواله من العقود اللازمه المقتضيه تملك المحتال المال المحال به، و انعزال المحيل عنه على وجه لو أراد إبداله لم يكن له، لصيرورته ملك المحتال على وجه اللزوم، و حينئذ فلا يتفاوت الحال بين القبض و عدمه، لانه استيفاء يترتب عليه الملك و إن لم يحصل القبض، إلا أنه لا ينكر ظهور قطع المصنف هنا، و تردده

فی الصوره السابقه فی ان منشأ ذلک القبض و عدمه، و کان الوجه فیه ما أومأنا إلیه من تحقق ضابط المنکر فی صوره القبض، و هو ما لو ترک، لترک، و کونه صاحب ید، فمن ذلک مع موافقه قول المحیل للأصول السابقه حصل التردد، بخلاف صوره عدم القبض، فإنه لا یـد له، و لا الضابط المزبور، فانحصـر ضابط الإنکار حینئذ فی المحیل، و هو جید إن لم یکن ثم ظهور فیما جری بینهما من لفظ أحلتک فی الحواله، و لو لتعارف إطلاق نحو ذلک فی إنشاء عقد الوکاله، کما أن من المتعارف إطلاق التحویل علی وکاله من لم یکن له دین علی من علیه، و خصوصا إذا کان المراد تحصیل ذلک له لا للموکل.

و من هنا قـد یتوقف فی الحکم علی المحیل بشـغل الـذمه للمحتال لو فرض کون النزاع بینهما فی ذلک مع اتفاقهما علی صدور اللفظ المزبور بینهما، و إن کان الأرجـح مع فرض عـدم ظهور اللفظ تقدیم قول المحیل الموافق للأصول و الید، و ضابط المنکر إنما تجدی مع عدم استناده إلی التحویل المخالف للأصل، کما هو المفروض.

نعم لو کـان إبراز الـدعوی بأن یقول المحیل وکلتک، و الآخر یقول فی جوابه لا حق لک عنـدی، اتجه حینئـذ تقـدیم قوله علیه کما هو واضح.

و من هنـا یظهر لک أن القول قول المحیل علی کل حال، بعـد فرض کون جواب المحتال أنک أحلتنی، و فرض عـدم ظهور ما اتفقا علیه من جریان لفظ أحلتک بینهما فی الحواله، و إلا کان القول قول المحتال، تقدیما لظاهر اللفظ القاطع للأصول بذلک.

و لو انعکس الفرض بـأن قـال المحتال: وکلتنی و قال المحیل: حولتک، بعـد اتفاقهما علی جریان لفظ الحواله بینهما فالقول قول المحتـال عنـد المصـنف، سواء کان قابضا أو لا، لموافقته للأصول، لکن قـد عرفت أن الأرجـح کون القول قول المحیل، ترجیحا للموافقه لظاهر اللفظ، القاطع للأصول الذی هو أصل مقدم علی ذلک.

نعم لو لم یکن ثم لفـظ قـد جری بینهما، و ادعی أحـدهما الوکاله، و الآخر الحواله کان القول قول من نفی الحواله، ثم لا یخفی علیک أنه إن قدمنا قول المحتال

فی المسأله الأولی، فإن کان قد قبض برأت ذمه المحیل منه مقدار ذلک، لأخذه بزعمه منه قهرا فیقاصه قهرا، و کذا برأت ذمه المحال علیه إن کانت مشغوله، لثبوت الحواله ظاهرا، و إن کان لم یقبض فله المطالبه.

و لکن هذا کله إذا حلف، و إن نکل حلف المدیون، و بطلت الحواله، و إن قدمنا قول المحیل و لم یکن قد قبض المحتال، بطلت وکالته بإنکاره، بناء علی اقتضاء ذلک بطلانها و حوالته بحلف المدیون. و هل له أن یطالب المدیون حینئذ بحقه؟

لبقائه بزعم المدیون حینئذ فی ذمته، أو لا لزعمه أن لا حق له علی المدیون بالحواله و أن حقه علی المحال علیه وجهان، و إن کان قد قبض و کان المقبوض باقیا فعلیه تسلیمه للمحیل، و لکن الظاهر أن له مطالبه المحیل هنا، لأنه إن کان وکیلا فحقه باق علی المدیون، و إن کان محتالا فقد استرجع المحیل ماله منه ظلما، فله الرجوع علیه، و بذلک افترقت هذه الصوره عن صوره ما لم یقبض.

و لو کان المقبوض تالفا، فإن کان تلفه بتفریط أو تعد ضمنه للمحیل، و لکن یرجع علیه لما عرفت، و إن کان بغیر تفریط ففی ضمانه له وجهان، ینشئان من أنه و إن کان وکیلا ظاهرا إلا أنه قبض المال لنفسه باعترافه، و هو جنایه یضمن بها و من أنه إما وکیل بزعم المحیل، فلا یضمن المال إذا لم یفرط، أو محتال فهو ماله، و حینئذ فلیس له مطالبه المحیل بحقه ظاهرا، و ان کان بزعمه بقاؤه لاعترافه باستیفاء حقه کما هو واضح.

و أما إن قدمنا قول المحتال فی المسأله الثانیه، و حلف، فإن لم یکن قد قبض المال فلیس له قبضه، بناء علی انعزاله عن الوکاله بذلک، و له مطالبه المحیل بحقه، و هل للمحیل الرجوع علی المحال علیه بعد أدائه للمحتال؟ وجهان، من اعترافه بتحول ما کان علیه إلی المحتال، و من أن المحتال إن کان وکیلا فإذا لم یقبض بقی حق المحیل، و إن کان محتالا فقد ظلم المحیل بأخذ المال منه، و ما علی المحال علیه حقه فللمحیل أن یأخذه عوضا عما ظلم به، و إن کان قد قبض المال فقد برأت ذمه المحال علیه إن کانت مشغوله علی کل حال.

ثم إن كـان المقبوض باقيا رده عليه، و طالب بحقه، و كان للمحيل أخـذه مقاصه و فى المسالك «ففى جواز تملكه له أو وجوب رده على المحيـل وجهـان، مأخـذهما أنه حبس حقه و صاحبه يزعم أنه ملكه، و اعترافه بأنه ملك المحيل، و أنه المخير فى جهه الأداء، و الأول أجود، و فيه: أن المتجه له بالحكم الظاهر ما ذكرناه كما هو واضح.

و إن كان تالفا بتفريط، أو تعد فله المطالبه أيضا بحقه، و إن ضـمنه للمحيل باعترافه، بل له أخذه منه مقاصه بعد دفع حقه اليه، و إن لم يكن بتفريـط لم يضـمنه له، و كان له المطالبه بحقه، لكن فى المسالك «فى ضـمانه وجهان، مأخـذهما ثبوت كونه وكيلا ظاهرا، فيـده يـد أمانه، و أنه لا يلزم من تصديقه فى نفى الحواله تصديقه فى إثبات الوكاله، ليسـقط عنه الضـمان، لان يمينه على نفى ما يدعيه المحيل، لا على إثبات ما يدعيه» و فيه: أن عدم ضمانه لاتفاقهما على عدم كون يده يد عدوان، و الأصل البراءه، و إن قـدمنا قول مـدعى الحواله حلف و برى ء من دين المحتـال، و فى المسالك «و كان للمحتال مطالبه المحال عليه، إما بالحواله أو بالوكاله، و يملك ما يأخذه إما قصاصا على زعمه، أو لأنه عين حقه كما اقتضاه الظاهر» و فيه:

أنه لا يجديه الظاهر بعد اعترافه بكونه غير حقه. نعم بناء على اسـتحقاقه له باعتبار أخذ المحيل ما فى ذمته عوضا عن ذلك توجه له المطالبه به، كما تقدم نظيره فى المسأله السابقه، بل يأتى أيضا الكلام فى المباحث الاتيه و إلا فلا و الفرض انعزاله عن الوكاله بانكارها.

[المسأله الثانيه إذا كان له دين على اثنين و كل منهما كفيل لصاحبه و عليه لآخر مثل ذلك فأحاله عليهما صح]

المسأله الثانيه قال الشـيخ فى المبسوط: «إذا كان له على اثنين ألف درهم، و كل منهما كفيل ضامن عن صاحبه، فطالب أحدهما بالألـف فأحـاله بهـا على آخر برى ء المحيـل و صـاحبه من الألـف، لأن الحـواله بمنزله الـبيع المقبوض، و إذا قضـى دينه برى ء ضـامنه، و إذا قضـى مـا ضـمنه برى ء من عليه الـدين، و هو المضـمون عنه، فيجب أن يبرأ صـاحبه من خمسـمائه التى عليه، لأـنه قضاها، و من خمسمائه الضمان، لأنه قضاها عن المضمون عنه و يرجع عليه بخمسمأه الضمان ان ضمن بإذنه، و الا فلا، و لو كان له

على رجلين ألف و لرجل عليه ألف، فأحاله بها على الرجلين و قبل الحواله كان جائزا، فإن كان كل واحد منهما ضامنا عن صاحبه فأحاله عليهما لم تصح الحواله، لأنه يستفيد بها مطالبه الاثنين كل واحد منهما بالألف، و هذا زياده فى حق المطالبه بالحواله، و ذلك لا يجوز ثم قال- و قيل: يجوز له أن يطالب كل واحد منهما بالألف، فإذا أخذه برى ء الآخر و هذا قريب» و أورد عليه فى المختلف بأن الضمان عندنا ناقل، فإذا ضمن كل واحد منهما نصف الألف عن صاحبه فلا يخلو المضمون له، إما إن يرضى بضمانهما معا أو بضمان أحدهما خاصه، أو لا يرضى بشى ء منهما، فإن رضى بهما معا أو لم يرض بشى ء منهما، لم يكن له مطالبه كل واحد منهما بأكثر من النصف، أما على تقدير عدم الرضا فظاهر، و أما على تقديره فلانتقال ما فى ذمه كل منهما إلى الآخر، فيبقى كما لو لم يكن ضمان، و ليس له على تقدير الرضا مطالبه كل واحد منهما بالألف، لأن الضمان عندنا ناقل، و إنما يتأتى المطالبه على قول المخالفين، لأن الضمان عندهم غير ناقل، و أما إذا رضى بضمان أحدهما خاصه، فإنه يطالبه بالألف خاصه، و ليس له على الآخر سبيل».

قلت: يمكن حمل كلام الشيخ على إراده الكفاله من الضمان و لعله إلى ذلك أشار المصنف بقوله إذا كان له دين على اثنين، و كل منهما كفيل لصاحبه، و عليه لآخر مثل ذلك، فأحاله عليهما صح، و إن حصل الرفق فى المطالبه على معنى انتقال حق الكفاله بالحواله، و لا يقدح اقتضاؤها حينئذ حقا لم يكن فى الدين الذى على المحيل، لإطلاق أدلتها، و حينئذ للمحتال المطالبه بحق الكفاله الذى قد يؤول بتعذر المكفول مثلا إلى المطالبه بالدين، كما ستعرف إنشاء الله.

و من الغريب ما فى المسالك، فإنه بعد أن ذكر نحو ما سمعته من المختلف مقدمه للمسأله: قال «الشيخ ذكر هذه المسأله فى المبسوط، و حكم فيها بعدم الصحه، معللا بزياده الارتفاق، و هذا لا يتم إلا على القول إن الضمان بمعنى الضم، كما قد بيناه، إذ على تقدير النقل لم يستفد زياده ارتفاق، بل يبقى الحكم كما كان، و مع ذلك فهو موضع نظر، لأن هذا الارتفاق لا يصلح للمانعيه، و المعروف من مذهبنا هو

النقل، فالبحث كله ساقط، و المصنف وافق الشيخ على تصوير المسأله التى لا- تتم إلا- على القول بالضم، و هو لا يقول به، و خالفه فى الحكم، و حكم بالصحه فيها منبها على أن الرفق المذكور غير مانع، بقوله و إن حصل الرفق فى المطالبه».

و الظاهر أن المصنف لم يذكر المسأله إلا- على وجه التفريع، و التنبيه على أن ما حكم به الشيخ لا- يتم و إن بنى على ذلك الأصل، نظرا إلى أن زياده الرفق لا تمنع كما لو أحال على من هو أكثر ملاءه، و أما ما ذكر الشيخ لها، فيشعر بذهابه إلى كونه الضم، إذ لا يتم إلا عليه، و المصنف قد لوح فى المسأله الخلاف فى موضعين، أحدهما قوله «على قول مشهور لنا» و الآخر «على القول بانتقال المال» كما نبهنا عليه فى الموضعين إذ هو كما ترى لا ينبغى صدوره منه، فإن حمل كلام المصنف على ما ذكر مع عدم إشعار فى شى ء من كلامه بذلك، أشبه شى ء بالمعمى بل أعظم، كما أن حمل كلام الشيخ على كون ذلك مذهبا له- و أن المصنف أشار الى ذلك بما سمعت- من الذى ينبغى الاستغفار منه، على أن المذكور فى كلام المصنف لفظ الكفاله التى لا داعى إلى إراده الضمان.

منها، خصوصا بعد ما أومأ إلى وجه المنع، بأن الحواله لم يثبت من الشرع مقتضى لها إلا نقل المال إلى المحتال لا غير، فترتب تعدد المطالبه لانتقال حق الكفاله بها مع أنه لم تنقل الا- الدين الخالى عن ذلك- مما يمكن الشك فيه، بل منعه، ضروره مساواته للمنع من تغيير جنس الدين و وصفه بها، كما سمعته سابقا فى اشتراط المساواه بل لعل المقام أولى باعتبار أن الكفاله قد كانت من حيث كون الأول صاحب الدين، و الغرض حصول الوفاء بالحواله، فترتفع الكفاله لا أنها تنتقل إلى آخر و كذا لو كان عليه رهن.

و لعله لذا جزم فى القواعد و محكى التذكره و الحواشى و جامع المقاصد بعدم انتقال حق الكفاله لو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحاله و غيرها، بخلاف الإرث و إن كان هو لا يخلو من نظر، خصوصا مع التصريح بذلك، و فرض رضى الكفيل و لعل ذلك كاف فى تصوير مسأله المتن، و إن كان الأصح خلافه، لأن ذلك من موانع الدين الذى نقل بالحواله، لا من آثارها و مقتضياتها، بل لعل الرهانه أيضا

كذلك للأصل و غيره و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا أحال المشترى البائع مثلا بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحواله]

المسأله الثالثه: إذا أحال المشترى البائع مثلا بالثمن كله أو ببعضه ثم رد المبيع بالعيب السابق أو اللاحق فى الثلاثه مثلا أو بالإقاله أو غير ذلك مما يقتضى الفسخ من حينه بطلت الحواله عند الشيخ فى المحكى عن المبسوط قيل: و إليه يرجع ما فى الإيضاح، و جامع المقاصد، و عن مجمع البرهان أنه أقوى لأنها تتبع البيع فى ذلك.

و فى القواعد بطلت إن قلنا أنها استيفاء، فإذا بطل الأصل بطلت هيئه الإرفاق كما لو اشترى بدراهم مكسره فأعطاه صحاحا ثم فسخ- فإنه يرجع بالصحاح، و إن قلنا أنها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوبا ثم رد بالعيب، فإنه يرجع بالثمن لا الثوب.

و لعله للتردد فى ذلك قال المصنف و فيه تردد كما عن الإرشاد، بل قيل:

و كذا التحرير و التذكره و غايه المراد و غيرها، حيث لا ترجيح فيها لكن قد يقال:

إن أصاله اللزوم و عقدها و استصحابه يقتضى عدم البطلان، و هى من توابع البيع، بمعنى أنها اقتضت الحواله بالثمن الذى هو أحد أركانه، لا- من توابعه فى البطلان، إذ هى عقد مستقل برأسه، و إن قلنا أنها استيفاء لكنه بعقد لازم، فلا ينفسخ بانفساخ العقد، بخلاف ما لو كان بدفع و نحوه، من حيث إنه ليس عقدا مبنيا على اللزوم، بل هو من توابع التملك بالبيع المفروض انفساخه، فيتبعه، بخلاف المفروض الذى قد حصل الملك به للدين بسبب آخر غير البيع، و هو الحواله فلا وجه لانفساخها بانفساخه بل دعوى كونها من التوابع بالمعنى المزبور من المصادره حينئذ، بل لا فرق فى ذلك بين قبض المحتال ما أحيل به و عدمه، و إن جعل النظر و الاشكال فى محكى التحرير فيما إذا رد قبل القبض، و حينئذ فللمشترى الرجوع على البائع خاصه، بل لو كان قابضا لا- يتعين له المقبوض، بل الظاهر أن للمشترى الرجوع على البائع، و إن لم يقبض، لأنها بحكم الوفاء بالنسبه إلى ذلك.

و إن استشكل فيه الفاضل فى القواعد من أن الحواله كالقبض، و لهذا لا يحبس

البائع بعدها السلعه، و من أن التغريم للمقبوض، و لم تحصل حقيقه، بل قال فيها أيضا: فإن منعنا الرجوع فجعل له مطالبته بتحصيل الحواله؟ إشكال من توقف مطالبته بحقه على ذلك، و من أن المال مال غيره، و الناس مسلطون على أموالهم، و هذا حاصل ما أطنبوا في وجهه.

و لكن مقتضى أحد طرفى الإشكال الأول و الثانى تعطيل حق المشترى إذا فرض توقف رجوعه على القبض الذى للبائع تأخيره و عدم المطالبه به لتسلط الناس على حقوقها و من ذلك يعلم ان المتجه ثبوت الرجوع له و إن لم يقبض، لأنها أى الحواله بحكم الأداء بالنسبه إلى ذلك، و ليس له مطالبه المحال عليه، لعدم الحق له، هذا كله على تقدير الصحه.

و أما على تقدير البطلان فان لم يكن أى البائع قبض المال فهو باق فى ذمته أى المحال عليه للمشترى لأن الفرض انفساخ البيع و انفساخها، و ليس للبائع بعد ذلك قبضه، فلو فعل لم يقع عن المشترى، لبطلان الاذن له فى ذلك، لبطلان الحواله، و إن احتمل بقاء الإذن الضمنى و ان بطلت كالوكاله و الشركه، و لكن مع كون الحكم فى المقيس عليه ممنوعا كما تعرف فى محله- قياس مع الفارق.

و إن كان البائع قد قبضه فقد برء المحال عليه للدفع بالاذن، و يستعيده المشترى حينئذ من البائع فليس له رده على المحال عليه، بلا خلاف أجده بين من تعرض له، لكن قد يناقش بأن مقتضى بطلان الحواله عود المال إلى صاحبه، فلا يتوجه للمشترى حينئذ المطالبه به للبائع، هذا كله فى احاله المشترى للبائع بالثمن.

أما لو أحال البائع أجنبيا له عليه دين بالثمن، على المشترى، ثم فسخ المشترى بالعيب السابق أو بأمر حادث يقتضى الفسخ من حينه، لم تبطل الحواله (۱۱) بلا خلاف بل عن شرح الإرشاد للفخر، الإجماع عليه لأنها تعلقت بغير المتبايعين (۱۲) و الأصل فيها اللزوم فهو حينئذ كما لو اشترى بالثمن ثوبا فان فسخ البيع لا يقتضى استحقاق الثوب و لا فسخ عقد شرائه، بل له مثل ثمنه أو قيمته.

و لو ثبت بطلان البيع من أصله لا من حينه بطلت الحواله فى الموضعين لظهور عدم اشتغال ذمه المحال عليه و إن قلنا بجواز الحواله على البرى ء، فإن الفرض اراده الحواله عليه من حيث ثبوت الثمن فى ذمته فهى حواله على ما فى ذمته لا عليه، كما هو واضح، فالمال المقبوض حينئذ، باق على ملك المشترى و له الرجوع به مع تلفه على المحتال و على البائع، و الله العالم.

[القسم الثالث فى الكفاله]

اشاره

القسم الثالث فى الكفاله بالفتح، و لا ريب فى أنها من العقود الصحيحه، بل فى محكى التذكره أنها كذلك عند عامه أهل العلم، و لكنها مكروهه، بها هلكت القرون الأولى و هى خساره، و غرامه و ندامه، و المعروف فى تعريفها أنها عقد شرع للتعهد بالنفس، و البحث فى أنها نفس العقد، أو أثره، و فى خصوص الألفاظ و المعاطاه فيها على نحو ما تقدم فى البيع و غيره، و كذا اعتبار المقارنه بين إيجابها و قبولها، و العربيه و نحوها مما يعتبر فى العقود اللازمه.

لكن فى محكى التحرير زياده غالبا، و لعله لصحه كفاله الأعيان المضمونه عنده، أو الأعيان التى يراد الشهاده على عينها كذلك، كما صرح به بعضهم، فجوز كفاله الدابه و الكتاب و غيرهما، للشهاده على أعيانها، بل ربما احتمل ذلك فى عباره القواعد الآتيه، و لكن لا يخلو من نظر أو منع، ضروره الشك فى تناول الأدله لمثله، و الأصل عدم ترتب الآثار بل الظاهر اختصاص النفس بالآدمى لا الدابه و نحوها و فى محكى التذكره الضابط فى ذلك أن نقول حاصل كفاله البدن التزام إحضار المكفول ببدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداء يستحق إحضاره بحق الكفاله ببدنه، و نحوه عن المبسوط، و ظاهرهما اختصاص موردها بما ذكرناه.

و لكن فى القواعد «تصح حاله و مؤجله على كل من يجب عليه الحضور، مجلس الحكم من زوجه يدعى الغريم زوجيتها، أو كفيل يدعى عليه الكفاله، أو صبى أو مجنون، إذ قد يجب إحضارهما للشهاده عليهما بالإتلاف، و بدن المحبوس لا مكان

تسلمه بأمر من حبسه، ثم يعيده إلى الحبس، أو عبد آبق أو من عليه حق الآدمی من مال أو عقوبه قصاص- الی أن قال- و لا يصح علی حد الله تعالی، و الأقرب صحه كفاله المكاتب و من فی يده مال مضمون، كالغصب و المستام و ضمان الأعيان المغصوبه فإن رد برء، و إن تلف ففی إلزامه بالقيمه وجهان، الأقرب العدم، كموت المكفول، دون الوديعه، و الأمانه، و تصح كفاله من ادعی عليه، و إن لم يقم البينه بالدين، و إن جحد، لاستحقاق الحضور، و الكفاله ببدن الميت، إذ قد يستحق إحضاره للشهاده علی صورته» و لكن لا يخفی عليك النظر فی جمله من ذلك.

و عن فخر الإسلام «الكفاله من مذهبنا إنما تصح بشرط أن يكون علی المكفول للمكفول له حق شرعی، و الحق أعم من أن يكون دينا أو عينا، و قيل: كل من يستحق إحضاره إلی مجلس الشرع فإنه تصح كفالته».

قلت: فعلی الأخير و هو الصحيح تصح الكفاله بمجرد الدعوی، دون الأول.

و علی كل حال فالمتيقن من مورد الكفاله التعهد بإحضار النفس المستحق عليها بذلك بسبب حق و لو دعوی المكفول له عليها نعم لا تصح فی الحدود للإجماع المحكی عن التذكره علی ذلك، و ل

قوله (صلی الله عليه و آله) فی المروی من طرق الخاصه و العامه(۱)«لا كفاله فی حد»

و ربما تسمع لبعض المسائل المزبوره فی المباحث الآتيه تتمه إنشاء الله.

و يتم عقدها بالإيجاب من الكفيل و القبول من المكفول له، و من هنا لم يكن اشكال بل و لا خلاف فی أنه يعتبر رضا هما أی الكفيل و المكفول له بل الإجماع بقسميه مضافا إلی معلوميه عدم الالتزام بحق من دون رضی الطرفين دون المكفول الذی هو بمنزله المضمون عنه بالنسبه إلی ذلك عند المشهور.

بل عن التذكره نسبته إلی علمائنا، لعموم «أَوْفُوا» بعد تناول إطلاق الكفاله لذلك، و لأن غايه الكفاله هی إحضار المكفول حيث يطلب، و من المعلوم أنه يجب الحضور عليه متی طلبه المكفول له بنفسه، أو وكيله، و الكفيل بمنزله الوكيل الذی لا يشترط فی وكالته رضی الموكل عليه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الضمان الحديث ۱- ۲.

و قـد ينـاقش بمنع تنـاول إطلاـق الكفـاله المحتمل اعتبار رضـى المكفول عنه فى تحقق مسـماها، كرضـى المكفول له، و ما فى المسالك و غيرها- من أنه على تقدير اعتبار رضاه ليس على حد رضى الآخرين، بل يكفى كيف اتفق نحو ما سمعته فى المحال عليه- مجرد دعوى لاـ دليـل عليهـا و لاـ اسـتبعاد فى دعوى تركيب عقـدها من قبول الاـثنين مع الإيجـاب من الكفيل، لا أقل من الشك فى تناول الإطلاق، فلا تندرج فى «أَوْفُوا» و الأصل عدم ترتب أثر الكفاله، و لعله لذا كان المحكى عن الشـيخ و القاضـى و ابنى حمزه و إدريس اعتبار رضاه.

بـل عن الفاضـل فى التحرير أنه قواه، لاـ ما قيل- من الاسـتدلال له بأنه إذا لم يرض بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل، فلم يتمكن من إحضـاره فلاـ تصـح كفـالته لأنها كفاله بغير المقـدور، و هـذا بخلاف الضـمان، لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه و لا يمكن أن ينوب عنه فى الحضور- إذ هو كما ترى مصادره محضه، مع أنه رده فى المسالك و غيرها بأن مداره على عدم وجوب الحضـور معه بـدون رضـاه، و هـو ممنوع لأـن المسـتحق مـتى طلبه وجب عليه الحضور، و إن لم يكن مكفولاـ إجماعـا، و فائـده الكفـاله راجعه إلى التزام الكفيـل بالإحضـار حيث يطلبه المكفول له، فـإن طلبه منه لاـ يقصـر عن توكيله، و إن لم يطلبه لا يجب عليه الحضور معه و إن كان برضاه.

و إن كان قـد يناقش بمعلوميه زياده حق فى الكفاله على الوكاله التى هى غير لازمه للكفاله، إذ الظاهر أنه متى تعلق حق الكفاله كـان له إحضـاره، لإـراده الـبراءه من عهـدته من دون طلب المكفول له، كمـا عن التـذكره، و التحرير، و جـامع المقاصـد، و ابن المتـوج الجزم بـه، بـل عن الكركى أنه قطعى، و كـأن الـذى أوقعه فى ذلـك مـا فى القواعـد «يجب على المكفـول الحضـور مع الكفيـل إن طلبه المكفول له منه، و إلاـ فلاـ إن كـان متبرعـا و إلاـ فكالأـول، مع أن المراد منهـا على الظـاهر وجوب الحضور مع الكفيـل و إن لم يطلبه المكفول له منه إذا كـانت الكفاله بالإذن، نعم لو كانت تبرعا لم يجب عليه الحضور، إلا مع طلبه منه» فهو موافق لما قلناه فى القسم الأول.

و أما الثانى، فقد يناقش بأنه متى صحت الكفاله تبرعا لحقه حكمها و هو

وجوب الحضور مع الكفيل لو طلبه، و لعله لان تكفيله يقتضـى تسـليطه عليه بالإحضار، أو أن ذلک من أحكامها شرعا، و لو لأن التكليف بالإحضار يقتضى تكليف الآخر، بالحضور، بل ربما يدعى ظهور أدله الكفاله فى ذلک فلاحظ و تأمل.

إذا تقرر هذا انحصـر وجه المسأله حينئذ فى أن رضـى المكفول شرط ينفى مع الشک فيه بالإطلاق، أو أنه من أركان العقد على وجه لا يتحقق الكفاله بدونه، و لا أقل من الشک، و الأصل عدم ترتب الأثر، و لعل الثانى لا يخلو من قوه.

و لاـ ينـافيه عـدم اعتبار رضـى المحال عليه لو قلنا به، و لا عـدم اعتبار رضـى المضـمون عنه، لإمكان الفرق بتعارف الحواله على مشـغول الـذمه بـدون رضاه، على وجه لا شک فى صـدق اسم الحواله عليها عرفا، و بمعلوميه جواز التبرع بالوفاء عن المديون، و ليس المقام من الثانى قطعا كما لا تعارف فى كفاله الغائب على وجه تندرج فى الكفاله بحيث تدخل فى إطلاقها فتأمل جيدا.

و كيف كـان ف تصـح حاله و مؤجله على الأظهر بل لا خلاف فى الثانى، بل فى الروضه أنه موضع وفاق على معنى الكفاله إلى شهر، فيلزمه إحضـاره بعـد الشـهر نحو الأجـل فى الـدين و غيره أمـا لو قال: كفلته شـهرا بمعنى التعهـد به فى ضـمن الشـهر، فعن التحرير صـحتها، و سـماها الموقته، و لعله لإطلاق الأدله، و على المشـهور فى الأول بل عن السرائر أنه حق اليقين خلافا للمحكى عن ظاهر الشـيخين فى المقنعه و النهايه و ابن حمزه و سـلار و عن القاضـى فى أحد قوليه، بل عن الآبى فى كشف الرموز الجزم به.

لكن لم نعرف لهم دليلا نخرج به عن إطلاق الأدله المقتضـى عـدم الاشتراط، كما قدمنا نظيره فى الضـمان، بل قد تقدم عن ابن إدريس رحمه الله تأويل كلامهم على وجه يرتفع الخلاف به، و ما ذلک إلا لضعف القول به، و دعوى- أن الكفاله لا بد لها من فائده، فلو شـرعت حاله لكانت خاليه عن فائده، إذ للمكفول له أن يطلب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفاله من غير تربص، و ذلک يكون عبثا لا حاصل لها.

و حينئـذ مع الإطلاـق تكون صـحيحه معجله و إذا اشترط الأجـل فلاـ بـد أن يكون معلوما على وجه لا يختلف زياده و نقصا، بلا خلاف نجده فيه

بيننا، بل لعل الإجماع بقسميه عليه فى المقام، و فى غيره من العقود اللازمه حتى القائل فيها للغرر كالصلح و نحوه، و هو الحجه مضافا إلى قاعده الغرر، بناء على عمومها، لمثل المقام، و إلا كان الأول هو الحجه، فما عن بعض العامه من جواز الجهاله فى الأجل هنا قياسا على العاريه واضح الفساد، بعد بطلان القياس، على أنه مع الفارق بالجواز فيها و اللزوم هنا.

و كيف كان فلا اشكال و لا خلاف فى أن للمكفول له، مطالبه الكفيل بالمكفول عنه عاجلا إن كانت الكفاله مطلقه أو معجله، و بعد الأجل إن كانت مؤجله، فإن سلمه تسليما تاما بحيث، يتمكن المستحق منه فقد برء مما عليه من حق الكفاله، و إن لم يتسلمه منه سواء تمكن من الحاكم أو لا على الأصح بل الظاهر عدم اعتبار الاشهاد فى ذلك، إلا لإراده الإثبات لو أنكر، و إن كان قد يتوهم ذلك من المسالك و غيرها، لكن لا دليل عليه.

و إن امتنع الكفيل عن ذلك كان له حبسه عن الحكم بل و عقوبته عليه حتى يحضره أو يؤدى ما عليه كما عن النهايه، و السرائر، و النافع، و التحرير، و الإرشاد، و المصنف و الروضه،

قال الصادق (عليه السلام) فى خبر عمار(۱)«أتى أمير المؤمنين (عليه السلام) برجل قد تكفل بنفس رجل و قال اطلب صاحبك»

و فى خبر الأصبغ ابن نباته(۲)«قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس، و قال له: أطلب صاحبك».

و فى خبر إسحاق بن عمار(۳)عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أن عليا (عليه السلام) أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال احبسوه حتى يأتى بصاحبه».

و فى خبر عامر بن مروان (۴)عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام «أنه اتى برجل قد كفل بنفس رجل فحبسه، فقال: أطلب صاحبك»

إلا أنها كما ترى ليس فى شى ء منها التخيير بين الإحضار و الأداء كما هو ظاهر الجماعه المقتضى وجوب القبول على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام الضمان الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام الضمان الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام الضمان الحديث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام الضمان الحديث ۴.

المستحق مع بـذله، بل الأول خاصه، و من هنا كان المحكى عن التـذكره و غيرها عـدم وجوب القبول على المكفول له إذا بذل الكفيـل له الحق، لعـدم انحصـار الغرض فيه، إذ قـد يكون له غرض لاـ يتعلق بالأـداء، أو بالأداء من الغريم لا من غيره، فله حينئذ إلزامه بالإحضار، خصوصا مما لا بدل له، كحق الدعوى، أو فى ذى البدل الاضطرارى كالديه عوض القتل،

و مهر المثل عوض الزوجه، و اختاره فى المسالك و الرياض.

و لكن قد يناقش أولا بأن مبنى الكفاله عرفا على ذلك، بل هو المقصود بين المتعاقدين بها.

و ثانيا: بظهور

قول الصادق (عليه السلام) فى مرسل الصدوق (۱)«الكفاله، خساره غرامه ندامه»

كقوله

فى خبر داود البرقى (۲)مكتوب فى التوراه «كفاله غرامه ندامه»

فى اقتضائهـا ذلـك، بل قـد يشـعر بـذلك فى الجمله حكم من أطلق غريما، أو القاتل عمـدا لكن ينافى ذلك كله ما تسـمعه من تفسير خبرى البقباق الآتيين.

و ثالثـا: بـأن الظاهر انـدراج التبرع بمساوئ الحق فى الوفاء الـذى يجب قبوله على المسـتحق، و إن كان من غير من عليه الحق، و دعوى اعتبـار تشـخيص المـديون ذلـك وفاء تقتضـى عـدم احتسابه وفاء حتى مع الرضا من المـديون، و هو مخالف للمقطوع به كـدعوى اختصـاص ذلـك فى حـال التراضـى، التى لا مـدرك لها بالخصوص، بل ليست إلا لصـدق وفاء الحق، و وجوب قبول ذلك من بازله من غير فرق بين المديون و غيره و حينئذ فله التبرع بالوفاء المقتضـى سقوط الحق الذى تسقط الكفاله بسقوطه، و إن لم نقل إن ذلك من مقتضياتها.

نعم إنمـا يتم ذلك فى الـدين و نحوه أما فيما لا بـدل له، أو له بـدل اضـطرارى فلا يجب عليه القبول، اللهم إلا أن يقال فى مقام حصول الضـرر بالتخليـد بـالحبس و نحوه، ينقله الحـاكم إليه أو الى مـا يقتضـى ارتفاع مثل هـذا الضـرر به، كما عساه يومى إليه فحوى ما تسمعه فى إطلاق القاتل.

و على كل حال فما ذكره المصنف و الجماعه، لا يخلو من قوه، ثم إن الكفيل

۱- ۱ الوسائل الباب ۷ من أبواب أحكام الضمان الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب ۷ من أبواب أحكام الضمان الحديث ۵.

يرجع على المكفول بما أداه إن كان الأداء عنه باذنه و إن كانت الكفاله بغير إذنه بناء على مشروعيتها، و الفرق بينها و بين الضمان بغير إذنه مع كون الأداء بإذنه أن الكفاله لم يتعلق بالمال بالذات، فيكون حكم الكفيل بالنسبه إليه حكم الأجنبى فإذا أداه بإذن من عليه فله الرجوع، بخلاف الضمان المقتضى انتقال المال إلى ذمه الضامن فلا ينفعه بعد ذلك الإذن فى الأداء، لأنه كإذن الأجنبى للمديون فى أداء دينه، إلا أن يراد منها الوكاله فى الأداء عنه، و إن كان الدين على المؤدى المأذون و لا يرجع عليه مع عدم الإذن فى الأداء، و إن كان كفل بإذنه، إذا أمكن مراجعته و إحضاره للمكفول له، ضروره كونه متبرعا بالوفاء حينئذ، لعدم اقتضاء الكفاله الإذن فى ذلك على الحال المفروض.

نعم إذا أدى مع فرض تعذر الإحضار، ففى المسالك «له الرجوع و إن لم يأذن له فى الأداء، لأن ذلك من لوازم الكفاله، فالإذن فيها إذن فى لوازمها» و فيه:

أنه مناف لما سمعته منه و غيره سابقا من انها لا تقتضى إلا الإحضار، و لذا لا يجب على المكفول له القبول إذا بذل الكفيل، و مع فرض أن ذلك من لوازمها يجب عليه القبول، ضروره كونه حينئذ كالوكيل عن المديون فى ذلك.

نعم قد يكون له الرجوع مما ذكرناه من قاعده لا ضرر و لا ضرار من حيث لزوم التخليد فى الحبس و نحوه المفروض كون المكفول سببا له بالإذن فى الكفاله بل لعل قاعده احترام مال المسلم تقتضى به أيضا لعدم صدق التبرع عليه بذلك، أو بغير ذلك مما لا يقتضى كونه من لوازم الكفاله، إن لم نقل أن من مقتضياتها دفع المال عن المكفول و لو فى حال تعذر الإحضار، و إلا اتجه له الرجوع حينئذ كما ذكره، فتأمل جيدا و الله العالم.

و لو قال: إن لم أحضره كان على كذا لم يلزمه إلا إحضاره دون المال و لو قال على كذا إلى كذا إن لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال كما فى القواعد و محكى الإرشاد لكن يمكن أن يكون المراد إن لم يحضره كما فى النافع، و محكى النهايه و السرائر، و التحرير، و التذكره، و حواشى القواعد، و اللمعه، و المهذب البارع،

و كشف الرموز، و التنقيح، بل هو المحكى عن القاضى و ابن حمزه بل فى الأخيرين و المحكى عن إيضاح النافع نسبه ذلك إلى الأصحاب، بل فى المهذب فى شرح عباره النافع أن المسأله إجماعيه، و فى جامع المقاصد فى شرح عباره القواعد هذا مروى من طرق الأصحاب، و قد أطبقوا على العمل به، و فيه أيضا و محكى الحواشى و غايه المرام أن الفارق بين المسألتين الإجماع و النص.

و لكن مع ذلك كله نظر فيه فى المسالك بعد ان حكاه عن ابن فهد، و الكركى قال: لمنع الإجماع فى موضع النزاع فإن أحدا من الأصحاب لم يدعه، و الموجود كلامهم فى المسأله، جماعه يسيره، و الباقون لا يعرف حكمهم فيها، و مع ذلك فقد ذكر العلامه فى المختلف كلام الشيخ و من تبعه، ثم قال: و عندى فى هذه المسأله نظر ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكما مخالفا لما ذكره الشيخ و الجماعه، و قال: إن كلام ابن الجنيد أنسب، و قد عرفت أن للمصنف و حده فيها قولين هنا و فى النافع، و للعلامه وحده فيها أربعه مذاهب فدعوى الإجماع بمثل ذلك عجيب».

و فيه ما لا يخفى عليك من عدم منافاه ذلك لحكايه الإجماع، و إن كان هو كما ذكر محلا للنظر، لكن ليس لذلك، بل لما ستعرفه إنشاء الله على أن ترك القيد من المصنف و الفاضل فى بعض كتبهما مع احتمال إرادتهما له بقرينه ذكرهما له فى البعض الأخر، لا ينافى الإجماع على أصل المسأله، و قول الفاضل أن قول ابن الجنيد أنسب ليس قولا فى المسأله، و كذا الاحتمال المذكور عنه فى الجمع، بجعل المال فى أحد الشقين على المال المكفول، و فى الآخر على مال غير ذلك التزم به الكفيل ان لم يحضره.

و كذا مناقشته فى سند الخبرين اللذين هما الأصل فى هذه المسأله.

أحدهما:

خبر البقباق (۱)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «سألته عن الرجل تكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا و كذا درهما، قال: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، و هو كفيل بنفسه أبدا إلا أن يبدأ بالدراهم فإن بدأ بالدراهم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰ من أبواب أحكام الضمان الحديث- ۲.

فهو له ضامن، إن لم يأت به إلى الأجل الذى أجله»

و هو إما صحيح أو موثق.

و الثانى:

خبره الآخر(۱)أيضا «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) رجل تكفل لرجل بنفس رجل و قال: إن جئت به و إلا فعلى خمسمائه درهم (كما فى التهذيب) و فى الكافى (إن جئت به و إلا فعليك خمسمائه درهم)، و فيهما معا قال: عليه نفسه، و لا شى ء عليه من الدراهم، فإن

قال: على خمسمائه درهم إن لم أدفعه اليه قال: يلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه»

و هو موثق أيضا بل فى سنده أبان الذى هو من أصحاب الإجماع و بذلك اكتفى جماعه من الأصحاب على الفرق بين المسألتين قائلين أن كثيرا من المسائل حكم فيها بما يخالف القواعد بأقل من ذلك.

إلا أن الانصاف استبعاد التعبد فى أمثال هذه المسائل، خصوصا لما فى المقام الذى ليس فيه إلا تأخير الشرط و تقديمه، مع أنه إن أخر لفظا فهو مقدم معنى، بعد الإغضاء عن اقتضاء التعليق البطلان، و عن عدم صلاحيه مثل اللفظ المزبور فى المتن و غيره، لحصول عقد الكفاله أو الضمان به.

و لو لا ما سمعته من الإجماع المزبور لأمكن القول بأن المراد من الروايتين بيان الفرق فى عقد الكفاله من الاقتصار عليه فقط، و بين اشتراط أداء المال فيه، مع عدم الإحضار، ففى الأول لا يكلف إلا النفس أبدا و فى الثانى يغرم المال إن لم يحضر فيراد من قوله «إلا أن يبدأ» إظهار اشتراط الدراهم من، بدا الأمر بدوا، أى ظهر كما فى الصحاح أو من، بادى فلان بالعداوه، أى جاهر بها كما فيه أيضا، أى الكفيل إنما يكلف بإحضار النفس أبدا إلا أن يظهر أو يجهر باشتراط الدراهم إن لم يأت به فحينئذ يكلف بها إن لم يحضره.

و التصرف فى كتابه يبدأ بما يقتضى الأوليه إنما هو من النساخ مع أنه يمكن عليها أيضا إراده هذا المعنى لا التقدم و التأخر، و قوله فإن لم يأت به فى الخبر الأول على جهه الاستفهام من السائل فأجابه بذلك، و الخبر الثانى على ما فى الكافى، و بعض نسخ التهذيب منطبق أيضا على ذلك ضروره أن اشتراط الخمسمائه فيه الأول إنما كان

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ۱.

من المكفول له لا من الكفيل، و من المعلوم عدم التزامه بذلك إذا لم يكن ذلك من الكفيل نفسه فى عقد الكفاله، و لذا قال فى جوابه إنه إن قال هو على خمسمائه درهم إن لم آت به لزم ذلك.

نعم إنما جاء الاشتباه فى روايه بعض نسخ التهذيب، و الظاهر أنه اشتباه من النساخ، فإن ما فى الكافى. أضبط، خصوصا مع اعتضاده ببعض نسخ التهذيب، و شهاده الروايه الأولى له، و هذا معنى جيد فى الخبرين، و يشهد له ما تقدم من النصوص، الظاهره فى عدم تكليف الكفيل إلا بالإحضار، و أنه يحبس على ذلك، و هو معنى قوله هنا «و هو كفيل بنفسه أبدا».

كما أن الخبرين ظاهران أو صريحان فى وجود عقد الكفاله بغير هذا اللفظ، و إنما ذكره على سبيل الاشتراط الذى يشمله عموم

«المؤمنون عند شروطهم»(۱)

و ليس هو بمعنى التعليق المقتضى لبطلان العقد، و بذلك يصح بالشرط المزبور الالتزام بالمال المذكور، و إن لم يكن هو على المكفول، و إن كان المنساق إلى الذهن اراده اشتراط ما على المكفول.

و لعل هذا أولى من المحكى عن الكركى من بيان الفرق بين المسألتين بأنه إذا قدم براءه الذمه المضمون عنه. بقوله على كذا امتنعت الكفاله حينئذ، لعدم حق له حينئذ عليه، فلا يلزم إلا بالمال، بخلاف ما إذا قدم الكفاله، فإنه يكون الضمان- المتعقب لها لكونه معلقا على شرط- باطلا، و لمنافاه الضمان صحه الكفاله.

إذ هو كما ترى مناف لما عرفته، من النص و الإجماع المحكى و غيره من تقييد لزوم المال فى صوره تقديم الضمان بعدم الإحضار، و أنه مراد المصنف هنا و ان ترك ذكره، و مناف أيضا للتعليق المقتضى لبطلان الضمان، بل و لعدم براءه المضمون عنه التى ذكرها، و بنى عليها بطلان الكفاله.

بل و مناف لما هو ظاهر الخبرين أو صريحهما من حصول عقد الكفاله أولا- بغير اللفظ المزبور، بل لا يتم أيضا بناء على أن المسأله أعم من كون المكفول على مال،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴-.

و غيره من قتل و زوجيه و غيرهما مما لا يقبل الضـمان، و على تقديره فما جعله الضامن عليه من كذا فى الأولى. و خمسمائه فى الثـانيه و مطلقـا فى كلاـم الجمـاعه أعم من كـونه مساويـا للحق الـذى على المكفول و زائـدا و ناقصـا و مماثلاـ له فى الحبس و مخالفا، و الضـمان المـدعى لا يتم إلا فى قليل من هـذه المسائل، بل فيه أيضا أنه ليس فى العباره المذكوره فى المتن و غيره من كتب الجماعه لفظ يدل على كفاله صـحيحه شرعا، و إنما الموجود فيها ضمان معلق على شرط تقدم أو تأخر، و أما الكفاله فهى مجعوله شـرطا و مجرد ذلـك لاـ يكفى فى عقـد الكفاله، و لو قيل أنه أتى قبل ذلك بلفظ يـدل عليها، فتقـدير مثل ذلك مبطل، للفرق الذى ادعاه بين المسألتين إلى غير ذلك مما لا يخفى.

و أولى أيضـا ممـا حكـاه فخر الـدين عن والـده من حمل الروايه على أنه التزم فى الصوره الأولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال: إن لم أحضـره فعلى عشره دنانير، فإنه لا يلزمه المال إجماعا، لأنه التزام بما ليس عليه، أما الثانيه، فإنه التزام بما عليه و هو الدينار مثلا، فكأنه قال: على الدينار الذى عليه إن لم أحضره.

إذ لاـ يخفى عليك ما فيه من المنافاه لإطلاق المال فى الصورتين المتقاربتين، بل مقتضـى تعريف الـدراهم فى قوله «إلا أن» إلى آخره كون المراد الـدراهم الأـولى، لانسـباق العهـد منه كما فى نظائره، على أن الروايه الثانيه قـد اتحـد فيها لفظ الخمسـمائه فى الصورتين.

و أولى أيضـا ممـا ذكره المقـداد مستحسـنا له قائلاـ أنه لم يـذكره أحـد من الأصـحاب و هو أن المراد من الأولى الإتيان بصـيغه الكفاله و تعقيبها بالتزامه بالمال ان لم يأت به، و ذلك يقتضى صحه الكفاله لتصريحه بها، و ما بعدها من المال أمر لازم للكفاله، لما تقدم من أن مقتضاها لزوم المال للكفيل إن لم يأت به و أما الثانيه فإنها تشـتمل على ضمان معلق على شرط و الشرط متأخر. فهى إما مبنيه على جواز الضمان المعلق على شرط، أو أن الضمان تم بقوله على كذا، و الشرط بعد مناف له. فلا يلتفت إليه.

لأنه كتعقيب الإقرار بالمنافى.

إذ لا يخفى عليك ما فيه أيضا، فإنه مع ابتنائه على إراده خصوص ما على المكفول

من المال، لا وجه للحكم بصحه الضمان المعلق عندنا، كما أنه لا وجه لقياس ذلک على تعقيب الإقرار بالمنافى.

و أولى أيضا مما فى المسالک فإنه بعد أن أطنب فى ذكر وجوه الفرق و إفسادها.

قال: «إذا تقرر ذلک فنقول: الذى يقتضيه ظاهر الروايه أن الكفاله وقعت بصيغه تامه فى الموضعين، و تعقبها ما ذكر فى اشتراط، بدليل قوله «رجل تكفل بنفس رجل» ثم قسمها إلى القسمين، فإن التكفل إذا أطلق يحمل على معناه الشرعى، و إنما يتم بذكر لفظ يوجبه، و قوله بعد «فإن لم» إلى آخره إما أن يحمل على كون المكنى عنه هو الحق المكفول لأجله، عملا بقرينه مقتضيات الكفاله و حينئذ فلا إشكال فى الأولى، لأنه يصير كفيلا، و ما ذكر بعد الكفاله غير مناف، ثم إن عملنا بمفهوم الشرط فهو ضامن للمال أيضا إن لم يأت به إلى الأجل، و حينئذ فلا فرق بين الصيغتين، لاتحاد الحكم فيهما، و يكون الاستثناء منقطعا إذ لم يحصل به إخراج، فكأنه بين أن الحكم كذا، إن قدم الدراهم أو أخرها، و بقى قوله فى الروايه الثانيه «عليه نفسه و لا شى ء عليه من الدراهم» ناظرا إلى نفس حكم الكفاله، لا إلى ما يترتب عليها عند الإخلال بالإحضار، و إن لم نعمل بمفهوم الشرط أشكل الفرق بين المقامين بما تقدم و إما أن يحمل المال الملتزم على ما هو أعم من الحق، فيكون على سبيل الجعاله فيلزمه ما التزمه إن لم يأت به فى الموضعين، بإعمال مفهوم الشرط فى الأولى، و للتصريح فى الثانيه، و يناسب هذا الحمل كون الكفاله قد لا يكون غايتها المال كالقصاص و الزوجيه ثم على تقدير كون المال مجانسا، للمكفول لأجله، ينبغى الحكم باحتسابه، نظرا إلى اقتضاء الكفاله ذلک، و لو كان مخالفا احتمل رده إليه بالقيمه أيضا، و إن لم تكن الكفاله لأجل مال، فهو التزام و تبرع محض، و إطلاق الروايه يقتضى صحته و على ما قررناه فمخالفه الروايه للأصول ليست كثيره عند إطلاقها، و لو خصصناها بالمال المقصود حصل المقصود، و إن بقى فى عباره الروايه قصور فى البلاغه حيث اتحد الحكم فى المسألتين مع كونه قد ردد بينهما، إلا أنه أسهل من مخالفه الأصول بغير موجب، و مع هذا فإثبات الاحكام الخارجه على تقدير العمل بإطلاقها لا يخلو من بعد، لقصور الروايه

عن إثبات مثل هذه الاحكام، و لقد كنا فى سعه من هذا الاختلاف لو أطرحنا أمثال هذه الروايات التى من شواذ الآحاد» انتهى.

إلا أنه كما ترى من غرائب الكلام، بل لا يستأهل ردا و لعل الذى أوقعه فى ذلك إسائته الأدب فى هذه المسأله مع الشيخ الذى به حفظ الحلال و الحرام، و ما كنا لنؤثر أن يقع هذا منه أو ذلك من مثله، و الله الموفق و المؤيد و المسدد.

و قد ظهر لك فى جميع ما ذكرنا أن نظر الجميع فى هذا الحكم إلى الخبرين المزبورين اللذين يغلب الظن بإراده ما ذكرناه منهما، و يتبعه حينئذ الظن بضعف الفتوى بخلافه المعلوم كون منشؤها الفهم من البدأه المذكوره فى الخبر، بيان الفرق بالتقدم و التأخر و الاختلال فى الخبر المروى فى التهذيب، و من ذلك يضعف الظن بصواب الإجماع المحكى المحتمل، لإراده اتفاق المتعرضين لهذا الحكم من الأصحاب الذين يجوز الوهم عليهم فى الخبرين المزبورين، فصار منشأ الحكم المزبور المستبعد بناؤه على التعبد المحض فلاحظ و تأمل هذا.

و فى المختلف بعد أن حكى عن الشيخ و الجماعه ما سمعت قال: «و عندى فى هذه المسأله نظر» ثم حكى عن ابن الجنيد أنه إذا قال الكفيل لطالب الحق: مالك على فلان فهو على دونه إلى يوم كذا و أنا كفيل لك بنفسه، صح الضمان على الكفيل بالنفس و المال إن لم يؤده المطلوب إلى الطالب إلى ذلك الأجل، و سواء قال له عند الضمان: إن لم يأتك به، أو لم يقل له ذلك، فإن قدم الكفاله بالنفس، و قال: أنا كفيل لك بنفس فلان إلى يوم كذا، فإن جائك بما لك عليه، و هو ألف درهم و إلا فانا ضامن للألف صحت الكفاله بالنفس، و بطل الضمان للمال. لأن ذلك كالقمار و المخاطره، و هو كقول القائل إن طلعت الشمس فمالك على فلان غريمك و هو ألف درهم على الذى قد أجمع على أن الضمان لذلك باطل، ثم قال: و قول ابن الجنيد انسب، و لكن لا يخفى عليك انه قريب أيضا من قول الجماعه عند التأمل.

و من أطلق غريما من يد صاحب الحق أو وكيله قهرا، ضمن إحضاره أو أداء ما عليه كما صرح به غير واحد بل فى الرياض نفى الخلاف فيه على الظاهر،

بل عن الصیمری الإجماع علیه، لقاعده

«لا ضرر و لا ضرار»

و فحوی ما تسمعه فی القاتل و لما فی المسالک و محکی التذکره و غیرها من أنه غصب الید المستولیه المستحقه من صاحبها فکان علیه إعادتها أو أداء الحق الذی بسببه ثبتت الید علیه و إن کان هو کما تری، إن لم یرجع إلی ما ذکرنا أو إلی وجهه أو إلی دعوی شمول

«علی الید ما أخذت حتی تؤدی»(۱)

لمثل ذلک.

و لکن لا یخفی علیک أن مدرک الحکم إن کان ذلک و نحوه، ینبغی عدم الفرق فیه بین الصبی و المجنون و غیرهما، و لعل ذلک هو مقتضی ما فی المتن و غیره من التعبیر بمن أطلق الشامل لذلک نحو غیره من خطاب الأسباب.

إلا أن الانصاف عدم تنقیح فی کلامهم لمثل ذلک، کعدمه بالنسبه إلی غیر ذلک من تفویت

استیفاء الحق بتخویف و نحوه، و ینبغی الاقتصار علی محل الیقین، أو ما کان فی حکمه و لو بظاهر الدلیل المعتبر فیما خالف أصل البراءه و غیرها.

ثم لا یخفی علیک أن الحکم المزبور لما کان ذلک لازم الکفاله أطلق علیه اسمها و إلا فهو لیس من الکفاله المصطلحه قطعا، ضروره عدم العقد فیه، و الظاهر کون التخییر المزبور علی نحو ما سمعته فی الکفاله، بمعنی أن له التبرع بالأداء فداء عن الإلزام بالإحضار، و یلزم المستحق بالقبول، و لیس له اقتراح الإحضار، فإن الضرر ینجبر بذلک، أو مع التراضی.

لکن فی المسالک «ینبغی أن یکون الحکم هنا کما سلف فی الکفیل الممتنع من تسلیم المکفول، یطالب بالتسلیم مع الإمکان لا أن یفوض التخییر الیه».

و فیه: أنه لا دلیل علی ذلک، بل أصل البراءه یقتضی خلافه، و خبر القاتل إنما هو فی العمد الذی کان الحق فیه القصاص، و قاعده الضرر لا تقتضی أزید من التخییر المزبور، و من هنا لم أجد غیره ممن تقدم علیه ذکر ذلک هنا، حتی ممن عین الإحضار فی الکفاله نعم لیس له الرجوع علیه بما أدی إذا لم یکن الأداء بإذنه، کما صرح به غیر واحد، للأصل و غیره.

۱- ۱ المستدرک ج- ۲- ص ۵۰۳.

لكن قـد يقال بالرجوع إذا كان الإطلاق بالإذن، لقاعده لا ضـرر، و احترام مال المسـلم و الإحسان، و كون الإذن فى الملزوم إذنا فى اللازم، و نحو ذلك، بل فى محكى التـذكره و لو تعـذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال و أخـذ المال من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الـذى خلصه قصاصا، و يمكن ارادته ما ذكرنا، و لو أطلقه من يـد الكفيل الـذى كان له الرجوع عليه بأدائه عنه ضمن أيضا إحضاره أو أداء ما عليه على الوجه المزبور، بل لو أطلقه منه قبل أدائه عنه فكذلك أيضا.

و لو كـان المطلق بالفتـح قهرا قاتلاـ عمـدا لزمه إحضـاره أو دفع الـديه مع التعـذر و لو بموت بلا خلاف أجـده فيه أيضا، بل عن الصيمرى الإجماع عليه

للصـحيح أو الحسن (۱)عن أبى عبـد الله عليه السـلام «سـألته عن رجل قتل رجلا عمـدا فرفع إلى الوالى فـدفعه الوالى إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيـدى الأولياء فقال: أرى أن يحبس الـذين خلصوا القاتل من أيدى الأولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل: فإن مات القاتل و هم فى السجن قال: فإن مات فعليهم الديه يؤدونها جميعا إلى أولياء المقتول»

و منه يعلم إراده ذلك من التخيير المزبور فى المتن و غيره نعم لو كان القتل موجبا للـديه على المطلق، اتجه التخيير المزبور على الوجه الذى تقدم.

لو هرب القاتل عمـدا و اسـتمر فأخـذت الديه من المطلق، ثم تمكن الولى منه ردها إلى صاحبها و إن لم تقتص منه، لأن وجوبها قد كان للحيلوله المفروض زوالها، و عدم القتل مسـتند إلى اختيار المسـتحق، لكن فى محكى التحرير «إذا حضر القاتل هل يقتل و يستعيد الدافع من الأولياء فيه إشكال، و هل له إلزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر».

و فيه ما لا يخفى بعـد فرض كون الدفع الأول للحيلوله، لا لإسـقاط الحق، و إلا لم يكن لهم قتله. بل و لا رجوع عليه بما أدى إلا مع الاذن فى الإطلاق، فإن فيه حينئذ ما عرفت، و إلى ذلك يرجع ما فى القواعد «و لو كان قاتلا لزمه الإحضار أو الديه فإن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ۱-.

دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا و إن لم يقتل» و لا يتسلط الكفيل- لو رضى هو و الوارث بالمدفوع- على المكفول بديه و لا قصاص و الله العالم.

و لا بد من كون المكفول معينا كما صرح به الفاضل و غيره فلو قال:

كفلت أحد هذين لم يصح و كذا لو قال: كفلت بزيد أو عمرو لم يصح أيضا و كذا لو قال: كفلت بزيد فإن لم آت به فبعمرو بل فى الثالث التعليق و هو مانع من صحه الكفاله لما عرفته غير مره من منافاته للتسبيب الظاهر من الأدله، فإشكال الفاضل فيه فى القواعد فى غير محله، و فيه أيضا اشتراط ما يعود على الكفاله بالنقض فلا إشكال فى بطلانه كما لا إشكال فى البطلان فى السابقين مع إراده الإبهام المانع من تعلق العقد لعدم المورد له أما الإبهام التخييرى فظاهر المصنف و غيره منعه أيضا.

لكن قد يناقش بأن مقتضى الإطلاقات جوازه، بعد عدم ما يقتضى عدم قابليه حق الكفاله لذلك فيصح حينئذ و يبرأ بتسليم أحدهما. و يحبس إلى أن يحضر أحدهما أو يؤدى عنه، و لعله فى هذا القسم توقف الأردبيلى فى المحكى عنه، و هو فى محله إلا ان يثبت ما يقتضى عدم قابليه حق الكفاله لذلك، و أنه كالملك الذى لا يقبل مثل هذا.

[و يلحق بهذا الباب مسائل]

اشاره

و يلحق بهذا الباب مسائل

[المسأله الأولى إذا أحضر الغريم قبل الأجل وجب تسلمه إذا كان لا ضرر عليه]

الأولى: قال فى محكى المبسوط إذا أحضر الغريم قبل الأجل وجب على المكفول له تسلمه إذا كان لا ضرر عليه و كذا غير المكان المشترط، و نحوه عن القاضى و لكن لو قيل: لا يجب كان أشبه بأصول المذهب و قواعده المقتضيه عدم وجوب غير الحق، بل لعل مصلحه الأجل و المكان مشتركه بينهما، و اختاره الفاضل و غيره، و هو جيد حيث يكون اشتراط الأجل و المكان حقا لهما، أما إذا كان حقا للكفيل و أراد إسقاطه كان الأجود الأول، كما تقدم نظيره فى الدين المؤجل، و لعله إلى ذلك نظر الشيخ و لو سلمه و كان ممنوعا من تسلمه بيد قاهره مثلا لم يبرأ الكفيل لعدم التسليم التام الواجب عليه، بانصراف

إطلاق الأدله إليه و لو كان المكفول محبوسا فى حبس الحاكم العادل وجب تسلمه لأنه متمكن من استيفاء حقه منه ضروره أنه برفع أمره إليه يخرجه من الحبس أو يطالبه و هو فيه و ينهى أمره معه و لو بان يحبسه على الحقين معا.

و ليس كذلك لو كان فى حبس ظالم لغلبه عدم التمكن من استيفاء الحق معه، و لو فرض إمكانه، وجب تسلمه، كما أنه لو فرض عدم إمكانه فى الأول لم يجب تسلمه و إن كان فى حبس عادل كما هو واضح.

[المسأله الثانيه إذا كان المكفول عنه غائبا و كانت الكفاله حاله انظر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه و العود به]

المسأله الثانيه: إذا كان المكفول عنه غائبا فى مكان معلوم و متجاوز مسافه القصر و كانت الكفاله حاله و طلبه منه المكفول له انظر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه و العود به، و كذا لو كانت مؤجله و طلبه منه أخر بعد حلولها و طلبه منه بمقدار ذلك بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك، بل عن التذكره عليه عامه أهل العلم، ضروره اقتضاء وجوب الإحضار الذى هو مقتضى الكفاله ذلك، و إلا كان تكليفا بغير المقدور.

نعم فى المسالك و محكى التذكره و مجمع البرهان إنما يجب عليه الإحضار عند إمكانه، أما إذا لم يمكن كما إذا غاب غيبه منقطعه لا يعرف له موضع و لا خبر، لم يكلف إحضاره لعدم الإمكان و لا شى ء عليه، لأنه لم يكلف المال، بل قيل: إنه ظاهر الباقين أيضا لكن فى القواعد لو هرب المكفول أو غاب غيبه منقطعه فالأقرب التزام الكفيل بالمال أو إحضاره، مع احتمال براءته، و يحتمل الصبر.

و عن جامع المقاصد أن الأول أصح، لأن مقتضى الكفاله إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال، و الأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرئ، و هو المسقط للحق أو موت المكفول، و أن الكفيل وثيقه على الحق كالرهن، فإذا تعذر استيفاء الحق من جهه من عليه، استوفى من الوثيقه، و هذا و إن كان مبنيا على اقتضائها التخيير مطلقا الذى قد عرفت البحث فيه أو أداء المال عند تعذر الإحضار الذى قد ذكروه فى رجوع الكفيل على المكفول إذا أدى. لكن قد يقال: على القول بانحصار مقتضاها فى الإحضار، بعدم اعتبار إمكانه له، بعد أن كان فى حد ذاته من الممكنات، لأنه هو

الـذی أوقع نفسه فی ذلـک فیکلف به و یحبس علیه، و لو لأـن یفـدی نفسه بـأداء مـا علیه، لیتخلص من ذلـک کمـا هو مقتضـی النصوص فی حبسه، و من ذلـک یظهر الحـال فیما لو فرط الکفیل فی إحضاره بعـد مطالبه المکفول له، و کان متمکنا منه فهرب أو غاب غیبه منقطعه علی وجه تعذر إحضاره، أو هربه هو، ضروره أولویه لزومه المال.

و إن حکی عن التـذکره وجوب المـال إن أوجبنـاه بهـا، و إلاـ فإشـکال، و نحوه فی جـامع المقاصـد، و لو کان غائبا حین کفل، فالحکم فی إحضاره کما لو غاب بعد الکفاله.

و عن جـامع المقاصـد لو وقع فی بلاـد الکفر بحیث لاـ یقـدر علیه، أو فی حبس ظـالم لاـ یمکن تخلیصه، وجب الصبر إلی زمان إمکان إحضاره، و لو رجی تخلیصه بوجه وجب علیه السـعی فیه، و لو احتاج إلی بـذلک مال فإشـکال، و کأنه مناف لما سـمعته منه سابقا، و التحقیق فی ذلک کله ما عرفت.

[المسأله الثالثه إذا تکفل بتسلیمه مطلقا انصرف إلی بلد العقد]

المسأله الثالثه: ذکر غیر واحـد من الأصـحاب بل لا أجـد فیه خلافا انه إذا تکفل بتسـلیمه مطلقا، انصـرف إلی بلد العقد و هو إن سلم، ففیما إذا کان العقـد فی بلـد المکفول له أو بلـد قراره، أما إذا کان فی بریه أو بلد غربه قصدهما مفارقته سـریعا بحیث تدل القرائن علی عـدم إرادته، ففی المسالـک أشـکل انصـراف الإطلاـق إلیه، و قـد تقـدم الکلاـم علی نظیره فی السـلم، إلا أنهم لم یذکروا هنا خلافا، و فیه: أن ذلک لیس محل شک، و لا یحتمل إرادتهم، إذ الفرض حضور القرائن الداله علی عدم ارادته.

نعم قـد یشک فیما إذا لم تکن قرینه، حتی إذا کان بلـد العاقد و قد تقدم الکلام سابقا علی نحو ذلک فی کتاب السـلم و غیره و علی کـل حـال فلا إشـکال و لا خلاف فی أنه إن عین موضـعا لزمه لقاعـده المؤمنون و غیرها و حینئـذ فـ- لو دفعه فی غیره لم یبرء إذا لم یتسلمه المکفول له برضی منه، لعدم کونه تسلیما تاما و قیل و القائل الشیخ و القاضی کما عرفت إذا لم یکن فی نقله کلفه و لاـ فی تسـلمه ضـرر، وجب تسـلمه و فیه تردد بـل منع إلاـ علی ما سـمعته فی الأجل فیما إذا فرض کون مصـلحه الشـرط للکفیل، و قد أسقطها.

[المسأله الرابعه لو اتفقا على الكفاله و قال الكفيل لا حق لک علیه کان القول قول المکفول له]

المسأله الرابعه: لو اتفقا أى الكفيل و المكفول له على وقوع الكفاله و لكن قال الكفيل: لا حق لك الآن عليه لأداء أو إبراء أو غيرهما، كان القول قول المكفول له بيمينه، لأصاله بقاء الحق، و كذا لو قال له:

لا حق لك حال الكفاله كان القول أيضا قول المكفول له بلا خلاف أجده فيه لأن الاعتراف من الكفيل بوقوع الكفاله تستدعى ثبوت حق فيكون هو مدعى الفساد، و المكفول له مدعى الصحه، و لا ريب فى أن القول قول مدعى الصحه لأصالتها بل عن مجمع البرهان أن القول قوله بلا يمين، و إن كان هو خلاف ما صرح به غيره من دون خلاف، بل خلاف

قوله (۱)«البينه على المدعى، و اليمين على من أنكر»

و على هذا فإذا حلف المكفول له و تعذر على الكفيل إحضار الغريم فهل يجب عليه أداء المال من غير بينه؟ احتمله فى المسالك و محكى التذكره، و لكنه واضح الفساد، ضروره أعميه ثبوت صحه الكفاله من ثبوت الحق على المكفول.

نعم لو أقام المدعى البينه بالحق كان له إغرام الكفيل على الوجه الذى تقدم سابقا، لكن لا يرجع به هنا على المكفول، لاعترافه بعدم كونه كفيلا شرعا عنه، و أنه مظلوم، و لكن إذا لم يعلم فساد دعوى المكفول له أمكن الرجوع بما أغرمه على ما فى ذمه المكفول مقاصه، لأنه قد صار عوضا عما أداه، أما لو علم فسادها فلا رجوع له عليه قطعا، كما هو واضح.

[المسأله الخامسه إذا تكفل رجلان برجل فسلمه أحدهما لم يبرء الآخر]

المسأله الخامسه: إذا تكفل رجلان مثلا دفعه أو مرتبا برجل فسلمه أحدهما لم يبرء الآخر (۱۱) عند الشيخ، و ابن حمزه، و القاضى فيما حكى عنهم، فإذا هرب منه حينئذ كان له الرجوع على الثانى، للأصل، و كون الكفيلين كالرهنين اللذين إذا فك أحدهما لم يفك الآخر و (۱۲) لكن لو قيل: بالبراءه لكان حسنا (۱۳) بل فى القواعد و غيرها من كتب الجماعه أنه الأقرب، لأن المقصود تسلمه و قد حصل، حتى

لو سلم نفسه أو سلمه أجنبى برأ، لحصول الغرض، و الظاهر أن محل البحث

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم و القضاء الحديث- ۱- ۵- لكن فيه و اليمين على من ادعى عليه.

فی التسلیم عن نفسه، أما لو قصد التسلیم عن صاحبه فلا إشکال فی براءه صاحبه، و إن بقی هو عند الشیخ.

و علی کل حال فما ذکره المصنف و الجماعه جید، إن کان المراد من کفالتهما الإحضار الواحد و لو علی وجه یکونان معا کفیلاـ فإنه لاـ إشکال فی براءه کل منهما بأدائهما معا دفعه، و بأداء کل واحد منهما، أما إذا کان المراد من کفاله کل واحد منهما الاستقلال علی وجه لو أسقط المکفول له حق الکفاله من أحدهما بإقاله و نحوها لم یسقط عن الآخر. فلا یخلو کلام الشیخ من قوه حینئذ، إلا إذا قصد تسلیمه عن صاحبه، فإنه یبرأ صاحبه، و لکن هو لا یبرأ کما عرفته سابقا، و الظاهر تعدد الحق بتعدد الکفیل إذا لم تکن قرینه علی إراده الأول، و دعوی اتحاد حق الإحضار لا یقتضی عدم تعدد استحقاقه من وجوه عدیده و لو تکفل لرجلین برجل ثم سلمه إلی أحدها لم یبرأ من الآخر بلا خلاف و لا إشکال، بل قیل: إنه کذلک عند العامه فضلا عن الخاصه.

[المسأله السادسه إذا مات المکفول برأ الکفیل]

اشاره

المسأله السادسه: إذا مات المکفول برأ الکفیل علی المشهور کما عن التنقیح بل فی الریاض نفی الخلاف فیه، بل فی محکی التذکره بطلت الکفاله، و لم یلزم الکفیل شی ء عند علمائنا، بل عن الغنیه الإجماع علیه، قیل: لأنه تکفل ببدنه علی أن یحضره، و قد فات بالموت، و لأنه قد سقط الحضور عن المکفول فیبرأ الکفیل و فیهما ما لا یخفی.

نعم قد یقال: ان المتبادر إنما هو الإحضار حال الحیاه و إن ذلک هو المتعارف بین الناس، فیحمل الإطلاق علیه، أو لمعلومیه کون المراد من الکفاله الإحضار مقدمه لتحصیل الحق المعلوم انتفاؤه بالموت، بل قد یدعی بناء شرعیتها فی مثل ذلک علی ذلک، بحیث لو صرح بخلافه لم تصح، و من ذلک یحتمل إلحاق غیر الموت به، إذا کان بحیث یخرج عن قابلیه تحصیل الحق منه بجنون و نحوه هذا.

و لکن فی المسالک «یمکن الفرق بین أن یکون قد قال: فی عقد الکفاله کفلت لک حضور بدنه، أو حضور نفسه أو حضوره فیجب فی الأول إحضاره میتا إن طلبه

منه، و إلا فلا، و يبنى الثانى على أن الإنسان ما هو فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك، و إلا فلا» و فيه ما لا يخفى بعد ما عرفت من بناء شرعيه الكفاله فى تحصيل الحق على ذلك، فلا مدخليه للعباره حينئذ.

نعم لو كان المراد منها الشهاده على عينه و صورته، اتجه حينئذ صحتها و الإلزام بإحضاره ميتا، بناء على صحه الكفاله فى ذلك كما سمعته سابقا من الفاضل فى القواعد، و لعله لذا قيد الحكم المزبور هنا فى القواعد بغير الشهاده على عينه، بل فى المسالك تبعا للمحقق الثانى عدم الفرق فى ذلك بين كونه قد دفن أو لا، لأن ذلك مستثنى من حرمه نبشه، سواء قلنا بجوازه للمال و عدمه، و لو فرض تغيره على وجه لا يمكن الشهاده عنه لم يجز إحضاره لانتفاء الغرض حينئذ.

و بذلك يظهر لك النظر فيما فى القواعد من خروج الكفيل على إحضاره للشهاده على عينه عن العهده، بالدفن إن حرمنا النبش لأخذ المال، ضروره عدم تفريع ذلك عليه، فان الشهاده على عينه من مستثنيات النبش، سواء قلنا بجوازه لأخذ المال و عدمه، و قد تقدم فى كتاب الجنائز البحث عن هذه المسائل، و لو أنه بناه على جواز نبشه للشهاده على عينه كان أولى، كما أنه لا يخفى عليك النظر فى أصل صحه الكفاله فى ذلك، للشك فى تناول أدلتها لمثله، و لو كان موته بعد مماطله الكفيل بإحضاره، فقد يظهر من إطلاقهم اتحاده فى الحكم، لكن لا يخلو من نظر، بل لولا الإجماع المزبور لم يخل أصل الحكم من نظر، بناء على اقتضاء الكفاله التخيير بين الإحضار و المال، فإنه إذا تعذر الأول يبقى الآخر فتأمل جيدا، هذا كله فى موت المكفول.

أما موت الكفيل فلا إشكال فى بطلان الكفاله حينئذ بخلاف موت المكفول له.

فإن الحق ينتقل إلى وارثه، لعموم أدله الإرث، بعد أصاله بقاء الحق، بل قد ذكرنا سابقا فى الحواله احتمال انتقال حق الكفاله بانتقال الدين ببيع أو حواله و نحوهما، و إن صرح الفاضل فى القواعد و بعض شراح كلامه بعدم انتقاله كما ذكرنا ذلك سابقا.

و كذا يبرء الكفيل لو جاء المكفول و سلم نفسه للمكفول له عن

الکفیل تسلیما تاما أو سلمه أجنبی عنه کذلک، و قبل المکفول له لذلک، لحصول الغرض، و عدم الدلیل علی اعتبار کون ذلک من الکفیل، إذ لیس هذا الحق أعظم من الدین، بل لا یبعد وجوب القبول لنحو ما سمعته منا فی دفع الدین مع المتبرع کما عن الأردبیلی التصریح به هنا.

بل لعله ظاهر المتن و غیره عدا الفاضل فی محکی التذکره، و بعض من تبعه فإنه صرح بعدم وجوب القبول علیه، إلا أن یکون عن إذن الکفیل، لعدم وجوب قبض الحق إلا ممن علیه، و فیه نظر و لو سلم نفسه أو الأجنبی لا عن الکفیل ففی موضع من محکی التذکره عدم البراءه، و عن موضع آخر منها إطلاق البراءه، و استجوده فی المسالک و لکن لا یخلو من إشکال کما عرفته سابقا فی کفاله الاثنین.

[فرع لو قال الکفیل أبرأت المکفول فأنکر المکفول له کان القول قوله]

فرع: لو قال الکفیل: أبرأت المکفول، فأنکر المکفول له کان القول قوله مع یمینه لأصاله بقاء الحق بعد اعترافه بثبوته سابقا، کما هو مقتضی دعوی الإبراء فلو رد الیمین علی الکفیل، فحلف برء من حق الکفاله لکن لم یبرأ المکفول من المال بیمین غیره، فالدعوی بینه و بین المکفول مستقله، فله الیمین علی المکفول له لو ادعی علیه الإبراء، و لا یکتفی بالیمین التی حلفها للکفیل، کما أن له رد الیمین علی المکفول، فإذا حلف برء حینئذ.

نعم لو فرض سبق دعوی الإبراء من المکفول فحلف الیمین المردوده برء هو و کفیله، و إن کان قد حلف المستحق أولا للکفیل علی عدم الإبراء لسقوط الحق بیمین المکفول فتسقط الکفاله، کما لو أدی الحق و عدم بناء أحد منهم الحکم فی شی ء من ذلک هنا، علی کون الیمین المردوده کالبینه أو الإقرار یقتضی کونها أصلا برأسه.

[المسأله السابعه لو کفل الکفیل آخر و ترامت الکفلاء جاز الکفالات و صح]

المسأله السابعه: لو کفل الکفیل آخر و ترامت الکفلاء، جاز الکفالات و صح بلا خلاف و لا إشکال، لوجود مقتضی الکفاله، و لو أقال المستحق الکفیل الأول برؤا أجمع، و کذا لو أحضر الأول منهم المکفول لأنهم فروعه، و لو أقال أحدهم برء هو و من بعده دون من قبله، کما أنه لو مات یبرء من کان فرعا له، و لو مات الأول برؤا أجمع، و لیس للمکفول له مطالبه ورثه الکفیل الأول، و إن احتمل، لکنه فی غیر

محله، و لو مات المكفول برؤا أجمع أيضا و لا يتوهم من صحه تراميها صحه دورها كما فى الضمان و الحواله، لأن حضور المكفول الأول يوجب براءه من كفله، و إن تعذر فلا معنى لمطالبته بإحضار من كفله كما هو واضح.

[المسأله الثامنه لا تصح كفاله المكاتب]

المسأله الثامنه: لا تصح كفاله المكاتب المشروط عند الشيخ بناء على أصله المتكرر من عدم لزوم مال الكتابه عليه، لجواز تعجيزه نفسه، و فيه ما عرفت من منع ذلك أولا. و من عدم اقتضائه الفساد ثانيا، و لذا قال المصنف على تردد بل فى المسالك «و نزيد هنا أنه إما عبد أو مديون و كلاهما مجوز للكفاله، و موجب للإحضار» و هو مبنى على ما سمعته سابقا من الفاضل من جواز كفاله العبد. إلا أنك قد عرفت تقييده له بالآبق، بل ظاهر المحكى عن غيره اعتبار اعتياد الإباق و قد عرفت النظر فى أصل صحه الكفاله فى ذلك، و إن كان لا يخلو من وجه باعتبار كونه مكلفا مستحقا عليه الحضور، بخلاف الدابه و نحوها من الأموال.

[المسأله التاسعه لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه صح]

المسأله التاسعه: لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه أو نحو ذلك صح لأنه قد يعبر بذلك عن الجمله عرفا بلا خلاف أجده إلا من ثانى الشهيدين تبعا لمحتمل المحقق الثانى، قال: «لأن العضوين المذكورين و إن كانا قد يطلقان على الجمله، إلا أن إطلاقهما على أنفسهما خاصه شائع متعارف إن لم يكن أشهر، و حمل اللفظ المحتمل لمعنيين على الوجه المصحح مع الشك فى حصول الشرط، و أصاله البراءه من لوازم العقد غير واضح، نعم لو صرح بإراده الجمله من الجزئين اتجهت الصحه كما أنه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجمله قطعا، بل كالجزء الذى لا يمكن الحياه بدونه، و بالجمله فالكلام عند الإطلاق و عدم قرينه تدل على أحدهما فعند ذلك لا يصح التعليل بأنه قد يعبر بذلك عن الجمله».

و فيه أن المراد من التعليل المزبور بيان صحه الإطلاق المزبور المراد منه ذلك قطعا فى عقد الكفاله، و لو باعتبار تعارف التعبير به مريدا به الجمله فيها، أو بيان الاكتفاء فى الحمل على الوجه الصحيح، لأصاله الصحه و غيرها بقابليه اللفظ لذلك بخلاف ما إذا لم يكن قابلا، و على هذا أو الأول يحمل كلام الأصحاب.

نعم الحق بهما الفاضل فی محکی التحریر و التذکره الکبد و القلب و نحوهما من الأعضاء التی لا یمکن الحیاه بدونها و الجزء المشاع کالثلث و الربع و غیرهما، و نظر فیه فی القواعد من عدم السریان کالبیع، و من عدم إمکان إحضار الجزء إلا بالجمله فیسری، و فی جامع المقاصد «لقائل أن یقول: إن إحضاره و إن کان غیر ممکن بدون إحضار الجمیع لا یقتضی الصحه، لأن الإحضار فرع الکفاله، و المطلوب إنما هو صحه الکفاله، و إحضار ذلک العضو، و حیث أن صحتها إنما تکون بکفاله المجموع لم تصح هنا، إذا المتکفل به لیس هو المجموع، و لا ما یستلزمه، و إن کان حکم الکفاله و هو إحضار ذلک العضو غیر ممکن إلا بإحضار المجموع، و العقود أسباب متلقاه من الشارع فلا بد فی صحتها من النص، مع أن التعبیر بذلک عن الجمله غیر متعارف» و تبعه علی ذلک فی المسالک، بل قال: «و حینئذ فعدم الصحه أوضح».

و فیه أن المراد بالاکتفاء فی موضوع الکفاله الذی هو المجموع ملاحظته و لو بعنوان المقدمه لما هو المذکور فی عقدها، و لا یبعد الاکتفاء به، لإطلاق الأدله بل لو کان المقصود من ذلک إراده الجمله صح، و إن لم یتعارف التعبیر به عنها، لعدم اشتراط نحو ذلک فی متعلق العقد، بل یکفی فیه إرادته من اللفظ بالعربیه، و إن لم یجر علی قانون اللغه، و لکن مقتضی ذلک أنه لا یتم قول المصنف و لو تکفل بیده أو رجله و اقتصر، لم یصح، إذ لا یمکن إحضار ما شرط مجردا و لا یسری إلی الجمله بل هو المحکی عن المبسوط و من تأخر عن المصنف.

نعم فی القواعد وجهان و فی المسالک لا یبعد القول بالصحه ممن یقول بها فیما سبق، اللهم إلا أن یقال: إن الوجه فی ذلک عدم معلومیه ملاحظه الجمله، و لو بعنوان المقدمه ضروره إمکان انفصالهما مع بقاء الحیاه، فلا یتیقن إراده موضوع الکفاله، لعدم القرینه بخلاف الأول الذی لا یمکن التعیش بدونه، إذ احتمال الإتیان بهما بعد موته مناف لأصل موضوع الکفاله المفروض ملاحظتهما إیاه، فلو فرض حصول قرینه فی محل البحث علی ملاحظه الإتیان بالجمله مقدمه لذلک، أمکن الإکتفاء فیها بذلک لنحو ما عرفت، أو یقال: إن الوجه فی فرق الأصحاب بینه و بین الأول هو صحه التعبیر

بالأول عن الجمله، فيكفى أصل الصحه حينئذ فى الحكم بإرادتها منه، بعد فرض عدم صحه التعبير لها عن الجمله بل لا بد من التصريح بذلك، أو بقرينه اخرى، فيكفى حينئذ، و إن كان غلطا لما عرفت و الله العالم و المؤيد و الموفق و المسدد. و قد تم و الحمد لله رب العالمين أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

[كتاب الصلح]

اشاره

كتاب الصلح الذى قد دل على شرعيته بالخصوص، الكتاب و السنه و الإجماع من المسلمين قال الله تعالى (۱)«وَ إِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يُصْلِحا بَيْنَهُما صُلْحاً وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ» و قوله (۲)«فَاتَّقُوا اللَّهَ وَ أَصْلِحُوا ذاتَ بَيْنِكُمْ» و قوله (۳)«إِنْ يُرِيدا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُما» و قوله (۴)«إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ» و قوله (۵)«فَإِنْ فاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُما بِالْعَدْلِ» و قوله (۶)«أَوْ إِصْلاحٍ بَيْنَ النَّاسِ» و إن كان فى دلاله ما عدا الأول على الصلح العقدى الذى عند الأصحاب تأمل، بل قيل:

و الأول، و

فى النبوى المروى فى طرق العامه و مرسلا فى الفقيه (۷)«الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا».

و فى خبر حفص بن البخترى (۸)عن أبى عبد الله عليه السلام «الصلح جائز بين المسلمين».

و فى آخر عنه (۹)عليه السلام أيضا «فى الرجل يكون عليه الشى ء فيصالح فقال: إذا كان بطيبه نفس من صاحبه فلا بأس».

۱- ۱ سوره النساء الآيه- ۱۲۸-.

۲- ۲ سوره الأنفال الآيه- ۸-.

۳- ۳ سوره النساء الآيه- ۳۵-.

۴- ۴ سوره الحجرات الآيه- ۴۹-.

۵- ۵ سوره الحجرات الآيه- ۴۹-.

۶- ۶ سوره النساء الآيه- ۱۴-.

۷- ۷ الوسائل الباب ۳- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ۲-.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ۱-.

۹- ۹ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ۳-.

و فی ثالث(۱)

عنه علیه السلام أیضا «سألناه عن الرجل یکون عنده مال لأیتام فلا یعطیهم حتی یهلکوا، فیأتیه وارثهم و وکیلهم فیصالحه علی أن یأخذ بعضا و یدع بعضا و یبرأه مما کان علیه أ یبرأ منه؟ قال: نعم»

إلی غیر ذلک من النصوص الداله علی کونه عقدا مستقلا بنفسه، لا یتوقف علی سبق خصومه، مثل البیع و غیره من العقود.

و إن کان هو فی الأصل عقد شرع لقطع التجاذب و التنازع بین المتخاصمین إلا أن ذلک فیه من الحکم التی لا یجب اطرادها مثل المشقه فی حکمه القصر، و نقصان القیمه فی الرد بالعیب، و استبراء الرحم للعده، و غیرها من الحکم التی لا- تقتضی تخصیصا أو تقییدا لعموم الدلیل أو إطلاقه المقتضی ثبوت الحکم فی غیر

محلها، فضلا عن خصوص الأدله من السنه المستفیضه أو المتواتره و الإجماع بقسمیه، کما هو واضح.

و إن أطنب فیه فی المسالک و غیرها، حتی أن بعضهم التجأ إلی دعوی أنه و إن کان شرع فی قطع الخصومه، إلا أنه لا دلیل علی اشتراطها فیه، بل الأصل عدم ذلک. و آخر إلی غیر ذلک مما لا حاجه إلیه بعد ما عرفت و لا إلی ما قیل:- من أنه ربما یشعر لفظ الصلح بتحقق منازعه، لکن لا یتعین کونها سابقه، بل یصح إطلاقه بالإضافه إلی دفع منازعه متوقعه محتمله، و إن لم تکن سابقه، کما یفصح عنه آیه النشوز(۲)فاشتراط السبق فی مفهومه غفله واضحه.

نعم لا- تساعد الأخبار المتقدمه علی الدلاله علی المشروعیه حیث لا منازعه سابقه و لا متوقعه و لکن یمکن الذب عنه بعدم القائل بالفرق بین الأمه فکل من قال:

بالمشروعیه لدفع منازعه و إن لم تکن سابقه کما دل علیها إطلاق الاخبار المذکوره قال بها فی الصوره المزبوره التی لم تکن فیها منازعه سابقه و لا متوقعه،- إذ فیه أن المراد بلفظ الصلح الواقع فی إیجاب العقد إنشاء الرضا بما توافقا و اصطلحا و تسالما علیه فیما بینهما، لا أن المراد به خصوص الصلح المتعقب للخصومه مثلا کما هو واضح.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحکام الصلح الحدیث- ۱-.

۲- ۲ سوره النساء الآیه ۱۲۸.

و على كل حال ف ليس هو عندنا فرعا على غيره من العقود و ان أفاد فائدته بل فى التذكره و عن السرائر الإجماع عليه، و هو الحجه، مضافا إلى ظهور الأدله السابقه أو صريحها فى عدم فرعيته بل بعض موارده المصرح بها فى بعض النصوص لا يصلح لأن يكون موضوعا لغيره، على أن إفاده عقد مفاد آخر لا يقتضى الاتحاد معه على وجه تلحقه أحكامه، و إلا لاقتضى اتحاد الهبه مثلا- بعوض معلوم مع البيع، و هو واضح البطلان، فإن الأحكام الشرعيه تتبع عناوينها، فكل حكم ثبت لموضوع خاص منها لا يثبت لغيره من تلك الحيثيه.

نعم لا- بأس بثبوته من دليل آخر، فما عن الشيخ- تاره أنه بيع مطلق، و أخرى ما عن الشافعى، من أنه فرع له إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، و للإجاره إذا وقع على منفعه معلومه بعوض معلوم، و للعاريه إذا تضمن التسلط على منفعه بغير عوض، و للهبه إذا تضمن ملك العين بغير عوض، و للإبراء إذا تضمن إسقاط دين- لا وجه له ضروره فرض عدم القصد به شيئا منها، و إلا كان باطلا- لعدم وقوع البيع و الهبه مثلا- بلفظ الصلح، و لا- دليل على ثبوت أحكامها له إذا أفاد فائدتهما، على أنه لا يتم فيما ثبت بالنصوص من موضوع الصلح الذى لا يندرج فى شى ء من المذكورات كما لا يخفى على من لاحظها، بل الاتفاق فتوى و روايه هنا على عدم اشتراط المعلوميه فى المصالح عليه فى الجمله، بخلاف البيع.

و كيف كان فلا- خلاف بيننا فى أنه يصح مع الإقرار و الإنكار بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى العمومات. نعم المراد من الصحه- مع الإنكار- الظاهريه بمعنى أنه يجرى عليه حكم الصحه ظاهرا لا فى نفس الأمر، فإن المدعى- دينا أو عينا أو منفعه مثلا- و أنكره المدعى عليه- إن كان محقا لم يصح للمنكر ما بقى له من مال المدعى،- سواء كان من الجنس أو لا، و سواء عرف المالك قدر الحق أولا، و سواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقه أم لا، لأنه ربما كان توصلا إلى أخذ بعض حقه، بل لو فرض أنه صالحه عن العين مثلا بمال فهى بأجمعها حرام، و لا يستثنى له منها مقدار ما دفع إليه من العوض، لفساد المعاوضه فى نفس الأمر، إلا أن يفرض

رضا المدعی باطنا بالصلح عن جمیع ماله فی الواقع بذلک- و إن کان مبطلا لم یحل له ما دفعه إلیه المنکر، رفعا لدعواه الکاذبه و للضرر عن نفسه و نحو ذلک مما لا- یتحقق معه التراضی المبیح لأکل مال الغیر إلا مع فرض الرضا المزبور، و إنما الحکم بالصحه بحسب ظاهر الشرع، لاشتباه المحق من المبطل،

قال علی بن أبی حمزه(۱)«قلت لأبی الحسن علیه السلام: رجل یهودی أو نصرانی کان له عندی أربعه آلاف درهم، فهلک، أ یجوز لی أن أصالح ورثته و لا أعلمهم کم کان؟ فقال: لا یجوز حتی تخبرهم»

و فی صحیح عمر بن یزید(۲)عن أبی عبد الله علیه السلام «إذا کان للرجل علی الرجل دین فمطله حتی مات، ثم صالح ورثته علی شی ء، فالذی أخذه الورثه لهم، و ما بقی فهو للمیت یستوفیه منه فی الآخره، فإن لم یصالحهم علی شی ء حتی مات و لم یقض عنه فهو کله للمیت یأخذه به».

نعم فی المسالک «لو کانت الدعوی مستنده إلی قرینه تجوزها، کما لو وجد المدعی بخط مورثه أن له حقا علی أحد أو یشهد له من لا- یثبت بشهادته الحق، و لم یکن المدعی عالما بالحال، و توجهت له الیمین علی المنکر فصالحه علی إسقاطها بمال أو علی قطع المنازعه فالمتجه صحه الصلح فی نفس الأمر، لأن الیمین حق یصح الصلح علی إسقاطها، و مثله ما لو توجهت الدعوی بالتهمه، حیث یتوجه الیمین علی المنکر و لا یمکن ردها».

لکن فی جامع المقاصد فی مفروض المسأله «لیس بعیدا من الصواب صحته ظاهرا و ما فی نفس الأمر تابع لصحه الدعوی و عدمها، و یحتمل الصحه مطلقا، لأن الیمین حق فیصح الصلح لاسقاطها».

قلت: قد یناقش فی الصحه ظاهرا فی الأول بأنها غیر متصوره بعد القطع بکون أحدهما مبطلا سواء کان المدعی أو المنکر، و الفرض کفایته فی الفساد فی نفس الأمر فکیف یجامع الحکم بالصحه فی ظاهر الشرع، اللهم الا أن یدعی أن مبنی شرعیه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحکام الصلح الحدیث ۲- ۴ مع اختلاف یسیر.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحکام الصلح الحدیث- ۲- ۴- مع اختلاف یسیر.

الصلح على ذلک، فيحكم حينئذ بالصحه عليه ظاهرا ما دام الواقع مشتبها، و لم يعلم المبطل منهما بعينه، فيجب على المصالح دفع ما وقع عليه الصلح من العوض، كما أنه لا يجوز للمصالح بالكسر الدعوى بما وقع الصلح عنه، و إن كان هذا الصلح لا يبيح للمبطل منهما الشى ء فى نفس الأمر، و لذا لو انكشف الحال بعد الصلح بإقرار عمل عليه، حكم بفساد الصلح فى الظاهر أيضا، و هل البينه كالإقرار فى ذلک وجهان هذا و قد تقدم فى التحالف فى كتاب البيع ما يستفاد منه ان القطع بالواقع فى الجمله لا ينافى إجراء الحكم فى الظاهر تبعا لمؤثريته، و كذا قد يناقش فى الصحه فى نفس الأمر فى الثانى بأن المتجه عليه حليه ذلک له، حتى لو انكشف الحال بعد ذلک، و لا أظن القائل يلتزمه، و لعله لذا جعل الصحه فى الواقع فى جامع المقاصد تابعه لصحه الدعوى فى نفس الأمر و عدمها، و كون اليمين حقا يصح الصلح على إسقاطه، لا ينافى اعتبار المراعاه فيه بما إذا لم ينكشف الواقع، و إلا جرى الحكم على ما فى الواقع.

نعم ما دام الواقع مشتبها فى نفسه يحكم بملكيته العوض مثلا- و يحل التصرف فيه و نحو ذلک، و يمكن تنزيل مراد القائل بالصحه فى نفس الأمر على ذلک، لا أن المراد الصحه فيه مطلقا حتى لو بان الأمر بعد ذلک.

اللهم إلا أن يدعى ان ظهور الأمر بعد ذلک لا ينافى ثبوت الحق وقت الصلح الذى قد وقع على إسقاطه، و هو كاف فى الصحه فى نفس الأمر و ان انكشف الحال بعد ذلک.

و لكنه كما ترى، على أنه لا يتم فيما لو فرض انكشاف الحال بصحه دعوى المدعى، فإن المال حينئذ فى يد المنكر باق على ملک المدعى الذى قد صولح على إسقاط ماله من حق اليمين، و لم يحصل منه ما يقتضى انتقال المال إلى المنكر، لأن الفرض عدم حصول الرضا منه بالمعاوضه عليه، و بالجمله يمكن أن يقال: إن الصلح فى قطع الدعوى كاليمين من المنكر الذى قد يدعى أنها من أقسام المعاوضه شرعا أيضا و قد ذكروا أيضا فيه أنه ليس له المقاصه باطنا، و إن كان هو لا يبيح المال فى الواقع.

نعم لو أقر بعد ذلک أخذ بإقراره خاصه، و فى البينه خلاف، لصحه عدم

الالتفات إليها، فيمكن جعل الصلح القاطع للنزاع مثله فى ذلك كله، ضروره كون المنشأ فى ذلك كله إسقاط الدعوى و استيفاء المدعى عوضها اليمين، و نحو ذلك مما يأتى مثله فى الصلح فتأمل جيدا فإنه لا يخلو من نظر، كما أنه لا يخلو حليه المال بمجرد كتابه المورث مثلا منه أيضا.

نعم قد يقال: بحليه ما دفع المتخلص من يمين التهمه باعتبار إيماء مشروعيه اليمين لها بذلك، و لو قلنا بمثله فى كتابه المورث أمكن حليته لذلك.

و كيف كان فقد ظهر لك أن الصلح بين المسلمين جائز مع الإقرار و الإنكار إلا ما أى صلحا أحل حراما كاسترقاق الحر و استباحه بضع المحرمات و شرب الخمر، و اللواط أو حرم حراما بأن لا يطأ حليلته، أو لا ينتفع بماله، أو نحو ذلك مما علم عدم جواز الصلح على اجتنابه، و حينئذ فالاستثناء متصل، ضروره كون الصلح على مثل ذلك باطلا ظاهرا و باطنا، و ربما فسر أيضا بصلح المنكر على بعض المدعى به أو منفعته أو بدله مع كون أحدهما عالما ببطلان الدعوى كما سبق تحريره، لكن الاستثناء حينئذ منقطع، لما عرفت من الحكم بصحته ظاهرا، و إنما هو فاسد فى نفس الأمر، و الحكم بالصحه و البطلان إنما يطلق على ما هو الظاهر.

نعم بناء على ما عن الشافعى من عدم الصحه مع الإنكار يكون الاستثناء متصلا و ربما كان ذلك هو الدليل له، فإنه حينئذ محلل للحرام بالنسبه إلى الكاذب، و محرم للحلال بالنسبه إلى المحق، الا أن فيه ما عرفت، مضافا إلى عدم ظهور الخبر المزبور فيه، بل يمكن أن يكون مراد الشافعى البطلان فى نفس الأمر أيضا خاصه لا مطلقا و حينئذ يرتفع النزاع بيننا و بينه كما أنه يمكن دعوى الاتصال على ذلك أيضا، بناء على اراده البطلان فى نفس الأمر من عدم الجواز فى الخبر المزبور، كما أنه يمكن إراده جعل الصلح شارعا من الاستثناء، بمعنى أن الصلح الباطل هو الذى يكون مضمونه تحليل ما حرم الله و بالعكس، على وجه يكون به الحل و الحرام، إلى غير ذلك من الوجوه المحتمله فيه، و الله العالم.

و كذا يصح الصلح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعه فيه، و مع

جهالتهما به بلا خلاف فيه في الجمله، بل في المسالك و غيرها الإجماع عليه، لإطلاق الأدله و خصوص

الصحيح (۱)عن الباقر و الصادق عليهما السلام «أنهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، لا يدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، و لي ما عندي، فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت به أنفسهما»

، و نحوهما الموثق (۲)و المناقشه- باحتمال كون مضمونها الإبراء، لا الصلح- يدفعها فهم الأصحاب ذلك منها، و ظهور إراده المعاوضه فيها، و ليست حينئذ إلا الصلح، فلا إشكال حينئذ في الدلاله على المطلوب، على أن الحاجه ماسه إلى تحصيل البراءه مع الجهل، و لا وجه إلا الصلح.

نعم لو كان أحدهما عالما به دون الآخر لم يصح الصلح في نفس الأمر بل لا بد من الإعلام بالقدر إن كان الجاهل المستحق، كما سمعته في خبر أبي حمزه،(۳)أو كان المصالح به قدر

حقه مع فرض عدم تعينه، و مع ذلك فالعبره بوصول الحق لا بالصلح.

نعم لو فرض الرضا الباطني على كل حال صح كما عرفته فيما تقدم، و إن كان العالم، المستحق، لم يصح الصلح بزياده عن الحق بل بقدره فما دون عكس الأول إلا مع فرض الرضا المزبور الذي يمكن استفاده حكمه- مضافا إلى(۴)

عموم «تسلط الناس على أموالهم-»

من

الصحيح (۵)عن الصادق عليه السلام «في الرجل يكون عليه الشي ء فيصالح؟ فقال: إذا كان بطيبه نفس من صاحبه فلا بأس»

و غيره بناء على إراده الصلح بالأنقص كما هو الغالب، مع عدم اعلامه بالحال، و الحكم في ذلك كله واضح، بل الظاهر عدم اعتبار المنازعه في ذلك، إذ الحكم المزبور يأتي في مطلق التصالح و إن لم تكن منازعه مع علمهما و جهلهما كوارث تعذر علمه بمقدار حصته، و شريك امتزج ماله بمال الآخر بحيث لا يتميز و لا يعلمان قدر ما لكل منهما و نحو ذلك، بل في المسالك

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحكام الصلح الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحكام الصلح الحديث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحكام الصلح الحديث ۲.

۴- ۴ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ من الطبعه الحديثه.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ۳.

«و لو كان جهلهما بالقدر لتعذر المكيال و الميزان و مست الحاجه إلى نقل الملك فالأقرب الجواز و هو خيره الدروس».

قلت: بل فى التذكره: لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا و لا جنسا بل يصح الصلح سواء علما قدر ما تنازعا عليه و جنسه أو جهلاه دينا كان أو عينا و سواء كان إرثا أو غيره عند علمائنا أجمع» إطلاقه- كما فى المتن و غيره، بل و النصوص كما اعترف به فى الرياض- يقتضى عدم الفرق فى الصحه بين كون المصالح عنه مما يتعذر معرفتهما له مطلقا أو لا، أمكن معرفته فى الحال أم لا، لعدم مكيال أو ميزان و نحوهما من أسباب المعرفه بل لا خلاف فى الأولى على ما قيل، لاتفاق الأدله نصا و فتوى عليها، مضافا إلى أن إبراء الذمه أمر مطلوب، و الحاجه إليه ماسه، و لا طريق إليه إلا الصلح، فلا إشكال فيها، و كذا فى الثالثه عند جماعه كالشهيدين و الفاضل المقداد لتعذر العلم به فى الحال مع اقتضاء الضروره و مساس الحاجه لوقوعه، و الضرر بتأخيره و انحصار الطريق فى نقله فيه مع تناول الأدله السابقه له، و من هذا القبيل أيضا الصلح على نصيب من ميراث أو عين يتعذر العلم بقدره فى الحال، مع إمكان الرجوع فى وقت آخر إلى عالم به، مع مسيس الحاجه إلى نقله فى الحال.

نعم و الرياض يشكل فى الثانيه من عموم الأدله بالجواز المعتضده بإطلاقات عبائر كثير من الأصحاب، و من حصول الجهل و الغرر فيها الموجبين للضرر بالزياده و النقيصه مع إمكان التحرز عنهما، و لذا قيد فى المسالك و غيرها الصحه بما إذا تعذر تحصيل العلم بالحق و المعرفه بالكليه، ثم قال: و هو حسن، إما لترجيح عموم أدله النهى عن الغرر أو لتعارضهما مع عموم جواز أدله الصلح مع عدم مرجح للثانيه، فلا بد من المصير حينئذ إلى حكم الأصل، و هو الفساد و عدم الصحه، مضافا إلى إمكان ترجيح أدله النهى عن الغرر باعتضادها بالاعتبار، و رجحانها عند الأصحاب على أدله الصحه فى كثير من المعاملات المختلفه كالبيع و الإجاره و نحوهما من المعاملات المختلفه.

و فيه أولا: منع العموم فى المعتبر من أدله النهى عن الغرر، فضلا عن ترجيحه أو معارضته لعموم الصلح و الرجوع إلى أصاله الفساد إذ لم نعثر فى المعتبر منها إلا

على النهى عن الغرر(۱)فى البيع الملحق به الإجاره بالإجماع.

على أن إطلاق النصوص السابقه- و معقد إجماع التذكره المعتضد بإطلاق المتن و غيره من عبارات الأصحاب كما اعترف هو بذلك كله- كاف فى تخصيص أدله الغرر، بل

قوله (۲)فى الصحيحين «إذا تراضيا بذلك و طابت أنفسهما»

ظاهر إن لم يكن صريحا فى أن المدار فى الصحه على ذلك، و لو مع الجهل الذى يمكن زواله، كظهور الحكم بالصحه فى الصورتين الأوليين فى ذلك أيضا عند التأمل، خصوصا الثانيه منهما، ضروره عدم صلاحيه التعذر فى الحال مع مسيس الحاجه إلى النقل الممكن بالهبه المعوضه و نحوها لارتفاع حكم الشرطيه أو المانعيه بعد فرض عدم الدليل بالخصوص، و

الا لاقتضى ذلك فى البيع، و هو واضح الفساد، على أن ترجيح أدله الغرر بما سمعت يقتضى كون مدخليته هنا نحو ما فى البيع و الإجاره الذى لا فرق فى مانعيته فيهما بين التعذر مطلقا و فى الحال و عدمه، و مسيس الحاجه مع عدم رجوعه إلى نفى الحرج فى الدين لا يؤثر أثرا، و دعوى إراده ذلك منه ممنوعه، و لو سلمت لم تقتض اختصاص الصلح بذلك، بعد الإغضاء عن أصل جريان نفى الحرج فى المقام، فالأقوى حينئذ الصحه مطلقا، إلا الجهاله التى لا تؤل إلى علم، للإبهام، بل الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين المصالح به، و المصالح عنه، كما هو مقتضى الصحيحين السابقين و غيرهما من الأدله السابقه، فما عن الشافعى- من عدم جواز الصلح على المجهول مطلقا بل ظاهره المفروغيه من اعتبار العلم بالمصالح به، و لذا احتج به على اعتباره فى المصالح عنه أيضا بالقياس عليه- واضح الفساد، و كذا ما فى الدروس «من أن الأصح اشتراط العلم فى العوضين إذا أمكن، إلى أن قال: و لو تعذر العلم بما صولح عليه جاز كما فى وارث يتعذر علمه بحصته، و كما إذا امتزج مالاهما بحيث لا يتميز و لا تضر الجهاله، و روايه منصور بن حازم (۳)تدل عليه، و لو كان تعذر العلم لعدم المكيال

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب آداب التجاره الحديث- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ۱- و ذيله.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحكام الصلح فى ذيل الحديث- ۱.

و الميزان في الحال و مساس الحاجه إلى الانتقال فالأقرب الجواز» فإنه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، كما أنه لا يخفى عليك اقتضاء ما ذكرناه عدم الفرق في

الصحه بين العلم في الجمله بالوصف أو المشاهده و عدمه أصلا، فما عن الأردبيلي من الموافقه على عدم اعتبار ما يعتبر في البيع من المعلوميه، و لكن يعتبر فيه العلم في الجمله، إما بالوصف أو المشاهده- محل للنظر أيضا بل المنع، نعم قد يقال:

بالمنع مع الجهل الذي لا يؤول إلى علم، لإبهامه كما ستعرف إنشاء الله، لعدم صلاحيته للنقل و الانتقال.

و كيف كان ف هو أي عقد الصلح بناء على ما قلناه من كونه أصلا برأسه لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه بلا خلاف، لعموم «أَوْفُوا»(۱)و غيره من أدله اللزوم التي سمعتها في غيره من العقود نعم يجي ء ملحق به على قول الشيخ الجواز في بعض موارده، كما إذا كان فرع العاريه أو الهبه على بعض الوجوه، بناء على أن مراده لحوقه حكم ما أفاد فائدته، أما على المختار فليس إلا على اللزوم، إلا أن يتفقا على فسخه بالإقاله الشامل دليلها له و لغيره، كما عرفته هناك و الله العالم.

و إذا اصطلح الشريكان عند انتهاء الشركه، و إراده فسخها أو مطلقا، على ما ستعرف على أن يكون الربح و الخسران على أحدهما، و للآخر رأس ماله صح بلا خلاف في الجمله فيه، للمعلومات، و خصوص المعتبره منها

الصحيح (۲)عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا و كان من المال دين و عليهما دين فقال أحدهما

لصاحبه أعطني رأس المال و لك الربح و عليك التوى، فقال: لا بأس إذا اشترطا، فإذا كان شرطا يخالف كتاب الله عز و جل فهو رد إلى كتاب الله عز و جل»

و نحوه

الآخر(۳)عنه أيضا إلا أنه قال: «كان من المال دين و عين»

و لم يقل و عليهما دين.

و كذا

الثالث (۴)إلا أنه قال: «و كان المال دينا»

و لم يذكر العين و لا «عليهما دين» و

الرابع (۵)إلا أنه قال: «كان المال دينا و عينا».

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحکام الصلح الحدیث- ۱- و ذیله.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحکام الصلح الحدیث- ۱- و ذیله.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحکام الصلح الحدیث- ۱- و ذیله.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحکام الصلح الحدیث- ۱- و ذیله.

ج ۲۶، ص: ۲۲۰

قيل: و ليس فى شى ء منها كالعباره و ما ضاهاها من عبائر الجماعه عموم الحكم بالصحه لصوره اشتراط ذلك فى عقد الشركه أو بعده، و إن لم يرد القسمه لظهور سياق الروايه فيما قيدنا به العباره من تعقب القول بأن الربح و الخسران لأحدهما و رأس المال للآخر للشركه و حصوله بعدها، و بعد إراده القسمه ل

قوله «فربحا فيه ربحا»

و «أعطنى رأس المال»

و ليس

فى قوله «إذا اشترطا»

منافاه لذلك، لاحتمال أن يكون المراد منه إذا تراضيا رضا يتعقب اللزوم بوقوعه فى عقد لازم، كعقد صلح و نحوه، و ليس المراد إذا اشترطا فى عقد الشركه كما توهم، لاختصاصه حينئذ بنفى البأس فى صوره وقوع الشرط فيه، بل دلالته بمفهوم الشرط على ثبوته مع وقوعه فى غيره ظاهره، و لا قائل بهما فتعين كون المراد ما ذكرنا، و وجه اشتراطه «عليه السلام» ذلك خلو السؤال عن بيان رضا الآخر، و إنما غايته الدلاله على صدور القول من أحدهما، و نحوها العباره فى عدم العموم للصوره المذكوره، لأن اشتراط ذلك فيها لا يسمى صلحا، بل اشتراطا.

قلت: أول من تنبه لذلك الشهيد فى الدروس فقال: «لو اصطلح الشريكان عند إراده الفسخ على أن يأخذ أحدهما رأس ماله، و الأخر الباقى، ربح أو توى جاز، للروايه الصحيحه، و لو جعل ذلك فى ابتداء الشركه فالأقرب المنع، لمنافاته موضوعها و الروايه لم تدل عليه» ثم تبعه ثانى المحققين و ثانى الشهيدين، إلا أن الأخير منهما صرح بأن إطلاق العباره يقتضى التعميم، كما أن المحدث البحرانى صرح بظهور النصوص فى وقوع ذلك فى أثناء الشركه و إن بقيت مستمره، بل جعل ذلك ظاهر إطلاق العبارات.

و التحقيق فى المسأله أن يقال: إنه إن كان المراد مما فى النص و الفتوى كون هذا الصلح جاريا على مقتضى عموم ما دل على مشروعيته، و غير محتاج إلى دليل بالخصوص، و إنما النصوص المخصوصه مؤكده لذلك- كما يومى اليه استدلال الفاضل فى التذكره عليه أولا بالعموم، ضروره صحه الصلح من أحد الشريكين عما يستحقه فى الأعيان المشتركه بالمقدار المساوى لرأس ماله فى ذمه الشريک الأخر، و حينئذ

يخرج المال عن الشركه و يختص بالمصالح، و إنما يكون العوض في ذمته- فلا ريب في صحه ذلك في ابتداء الشركه، أي بعد مزج المالين قبل العمل بهما، و في الأثناء و عند إراده الفسخ، بل لا فرق في صحته بهذا المعنى بين الشركه و المضاربه.

و ان كان المراد منهما صحه الصلح على أن يكون استحقاق أحدهما في المال رأس ماله تاما و للآخر الباقي، ربح أو خسر و المال باق على الشركه من غير أن يكون ذلك في ذمه المصالح بالفتح، فلو لم يحصل من المال حينئذ إلا دون رأس ماله، لم يكن له رجوع عليه، فإن قلنا إن ذلك أيضا مقتضى العمومات، كان المتجه أيضا الصحه في الصور الثلاثه و إن قلنا إن جواز مثل هذا الصلح محتاج إلى الدليل الخاص و لا تكفي فيه العمومات بل لولاه لكان من الصلح المحلل للحرام، و بالعكس، فالمتجه المنع في غير مورد النصوص المزبوره، إلا أنه يمكن منع ظهورها في خصوص صوره انتهاء الشركه، و إراده الفسخ، بل لا بأس بإيقاع الصلح المزبور المفروض إفادته الاستحقاق المزبور مع بقاء المال على الشركه يعمل به، بل لعل عموم (۱)

«تسلط الناس على أموالهم»

يقتضيه، و منه ينقدح الجواز في ابتداء الشركه أي بعد مزج المالين، ثم إيقاع صيغه الصلح على النحو المزبور، فيعمل بالمال على هذا الوجه الذي مرجعه إلى الكلي المضمون في المال، و أنه لا يستحق سواه، سواء بقي المال و زادت قيم أعيانه أو لا، و سواء عمل به باذن من الأخر أو لا.

و دعوى- أن الثابت صحته من النصوص الصلح عما سبق من الربح و الخسران لا ما يتجدد- يدفعها منع ذلك أو لا و وضوح عدم الفرق ثانيا، ضروره أنه بالصلح صارت شركه على هذا الوجه، سواء بقي المال على هذا الحال أو لا، ضروره أنه لو أراد دفع رأس المال له فنفد أعيان مال الشركه و اتفق حصول الربح بذلك لم يكن له إلا رأس المال الذي وقع عليه الصلح قطعا، و ليس ذلك تعد من محل النص الذي هو عند التأمل مطلق، فإن المراد من قوله «أعطني» الكنايه عن استحقاق رأس المال نعم لا يجوز التعدي إلى غير الشركه كالمضاربه و لا إلى غير هذه الصوره في الشركه كالصلح

۱- ۱ البحار ج- ۲- ص ۲۷۲ من الطبعه الحديثه.

على اختصاص الربح بأحدهما دون الخسران و نحوه.

و من ذلك كله ظهر لك أن المتجه على كل حال الجواز مطلقا، كما هو مقتضى إطلاق المتن و غيره من عبارات الأصحاب، بل و النص. نعم الأقوى عدم جواز ذلك بطريق الشرطيه، لا فى الابتداء و لا فى الأثناء و لا عند الانتهاء، ضروره عدم المقتضى للزوم و إنما هو وعد، بل قيل: إنه مناف لمقتضى العقد الذى هو تبعيه الربح و الخساره للمال فهو مخالف للكتاب و السنه، بل عائد عليه بالنقص، و ليس هو كاشتراط الخيار فى عقد البيع و نحوه المنافى للزوم الذى هو مقتضى الإطلاق لا العقد نفسه الذى لا يقتضى إلا الانتقال خاصه، و اللزوم من صفاته و كيفياته الخارجيه، بخلاف عقد الشركه الذى ليس مقتضاه إلا ما عرفت، فمع اشتراطه لم يبق للشركه معنى بالكليه، و يكون بمنزله العقد للشى ء بشرط عدمه، و البيع المشترط فيه عدم الانتقال، و إن كان قد يناقش فيه بأن ذلك لو كان منافيا لمقتضاها لم يجز حتى بالصلح الذى قد عرفت جوازه للأدله المزبوره المراد بالشرط فيها ما فهمه الأصحاب من وقوع ذلك بعقد الصلح، فإنه ربما يطلق اسم الشروط على العقود.

و من الغريب جعل بعضهم محل النزاع هنا الاشتراط حتى قال: «إنه ليس فى عبائر الجماعه إطلاق يشمل صوره الاشتراط فى ابتداء الشركه الذى يسمى اشتراطا و لا يسمى صلحا» و قد عبروا به إذ قد عرفت أن محل البحث الصلح لا الشرطيه، و لكن هل صحته مختصه فى صوره وقوعه عند اراده فسخ الشركه أو عامه له و لوقوعه فى أثنائها أو عند ابتدائها، أى بعد مزج المالين لمشروعيه الاشتراك على هذا الوجه بالصلح من غير فرق بين الجميع، و لا ريب فى اقتضاء إطلاق المتن و غيره ذلك، بل لعله مقتضى التأمل الصادق فى النصوص أيضا.

و أما مسأله الشرطيه فى عقد الشركه فهى مسأله أخرى مذكوره فى باب الشركه لا مدخليه لها فيما نحن فيه، فمن الخبط جعل كلامهم هناك مقيدا لإطلاقهم هنا كما هو واضح و به يظهر لك ما فى جمله من كتب المصنفين خصوصا الرياض فلاحظ و تأمل و الله العالم.

و لو كان معهما درهمان، و ادعاهما أحدهما و ادعى الآخر أحدهما، كان لمدعيهما درهم و نصف، و للآخر ما بقى ب

صحيح عبد الله بن المغيره(۱)عن غير واحد من أصحابنا «عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما:

الدرهمان لى و قال الآخر: هما بينى و بينك قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: أما الذى قال: هما بينى و بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شى ء و أنه لصاحبه، و يقسم الدرهم الثانى بينهما نصفين».

و مثله مرسل محمد بن أبى حمزه(۲)المنجبر إرسالها بالشهره، مع أن فى سنديهما ابنى أبى عمير و المغيره من أصحاب الإجماع، و إرسال أحدهما عن غير واحد الملحق بالصحيح عند بعض، و المراد بكون الدرهمين معهما فى الخبرين و المتن أنهما فى أيديهما ليتساويا

فى الدعوى، إذ لو كانا فى يد أحدهما لقدم قوله بيمينه.

نعم ظاهر الخبرين و المتن و غيره أن الحكم كذلك من غير يمين، و أنه لا فرق بين كون الدعوى فيهما بالنصف من كل منهما على الإشاعه أو بواحد منهما على التعيين بل لعلهما فى الأول أظهر منهما فى غيره لكن فى التذكره بعد أن فرض موضوع المسأله دعوى أحدهما الدرهمين و الأخر واحدا منهما قال: «الأقرب أنه لا بد من اليمين، فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذى تصادمت دعواهما فيه، فمن نكل منهما قضى به للآخر، و لو نكلا معا أو حلفا معا قسم بينهما نصفان» و استحسنه فى المسالك، لعموم(۳)

«و اليمين على من أنكر»

و فى الدروس «لو كان معهما درهمان فادعاهما أحدهما و ادعى الآخر اشتراكهما، ففى الروايه المشهوره للثانى نصف درهم، و للأول الباقى، و يشكل إذا ادعى الثانى النصف مشاعا فإنه يقوى القسمه نصفين، و يحلف الثانى للأول، و كذا كل مشاع».

و ربما أشكل ما فى التذكره بعدم تماميه إحلاف كل منهما فى صوره الدعوى على الإشاعه، لاختصاص الحلف حينئذ بالثانى و البينه بالأول، و مع ذلك يستحق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ۱.

۳- ۳ المستدرك ج- ۳- ص ۱۹۹.

بعد الحلف تمام الدرهم لا- النصف، و ما فيها و الدروس أيضا بوجوب الخروج عن مقتضى القاعده، و تخصيصها بالخبرين المعتضدين بالفتوى، بل ذلك كله كالاجتهاد فى مقابله النص و الفتوى الظاهرين فى عدم اليمين أصلا، و الصريحين أو كالصريحين خصوصا الخبرين منهما فى فرض موضوع المسأله فى الإشاعه، بل ظاهرهما أن ذلک على وفق الضوابط العامه، لا أنه تعبد صرف.

و من هنا أمكن أن يقال: بأن الوجه فى عدم اليمين من أحدهما أنه بعد تساويهما فى اليد المقتضيه لملک كل منهما الكل، المنافى لقاعده عدم ملک المال المتحد للمالكين، التى لا يختص الخروج عن التعارض فيها بالنصف الذى هو خلاف مقتضاها، لإمكان الحكم بكونه لواحد منهما، و يستخرج بالقرعه أو بغير ذلک، فاليد حينئذ بعد ان كانت كذلک لا تصير أحدهما منكرا عليه اليمين، بل هما بعد أن تساويا من هذه الجهه صارا بحكم من لا يد لأحدهما، و المتجه فيه قسمه المال بينهما نصفين قطعا للدعوى، فهو كالصلح القهرى بينهما بذلک، لا أن النصف مقتضى يد أحدهما حتى يكون منكرا بالنسبه إلى دعوى الآخر عليه، و كذا العكس فيكونان كالمدعى من وجه و المنكر من آخر، فيتحالفان. ضروره ثبوت الحكم المزبور فى غير ذوى الأيدى كما تسمعه فى الوديعه، و فى التداعى فى المال المطروح و نحوهما، و اليد إنما قضت بالجميع.

و معارضتها بالأخرى لا تقتضى تنزيلها على النصف الذى هو خلاف مقتضاها، و حينئذ فليس النصف المحكوم به فى النص و الفتوى إلا- لقطع الخصومه بينهما بذلک بالعدل و الإنصاف، لعدم تحقق الدعوى من أحدهما و الإنكار من آخر، لكون المفروض تساويهما من كل وجه، ففى الحقيقه ليس إلا دعوى واحده، و هى ملكيه الدرهم، إلا أن أحدهما يدعى أنها له، و الآخر كذلک، و لا ترجيح لأحدهما، بعد معارضه يد كل منهما للأخرى، الموجب للتساقط نحو البينتين المتعارضتين من كل وجه، فيقسم المال بينهما- على احتماله فيهما بحسب دعواهما، فإن كانا اثنين فالنصف، و إن كانوا ثلاثه فالثلث، و هكذا قطعا للخصومه بينهما- بالعدل و الإنصاف، فهو

كالصلح القهرى، و لعله لذا ذكر الأصحاب هذه المسأله و ما شابهها فى هذا الكتاب.

و منه يعلم الوجه حتى فى الـدعوى بالإشاعه، ضـروره أنها لا تنافى الإقرار بالـدرهم الكلى المشاع المنطبق على نصـفى الدرهم و الثلثين من درهم، و الثلث من آخر، و هكـذا، فيبقى النزاع بينهما فى الـدرهم الآخر على إشاعته، فيـدعيه المقر له بالـدرهم الأول مضافا إلى ذلـك الـدرهم، و الآخر، يـدعيه له فيقسم بينهما نصـفين على الإشاعه للقاعـده التى ذكرناها، التى قـد أومى إليها فى الخبرين السابقين المعتضـدين بالفتوى المجرده عن ملاحظه اقتضاء اليـد، الموجبه للتوهم أن مدعى الدرهم الآخر المنضم إلى ما اقتضـته يـده، من النصف الـذى هو درهم أيضا مشاع ملفق، مدع صـرف، و الآخر منكر، باعتبار أنه قد ادعى عليه ما اقتضـته يده، فيحلف و يسـتحق النصف المشـاع، و هو الـدرهم الملفق، إذ قـد عرفت إلقـاء اليـد فى المقام، و أن الحكم بالنصف نصا و فتوى لقطع الخصومه بينهما بعد تساويهما من كل وجه، فتأمل جيدا فإنه دقيق جدا.

و به يظهر الوجه فيمـا فى النص و الفتوى الصـريحين فى الإشـاعه، و أنه ليس ذلـك من بـاب التعبـد كما لا يخفى على من تأمل الخبرين و الفتاوى.

و منه يعلم الوجه فيمـا ذكره المصـنف و غيره بل المشـهور من قوله و كـذا الحكم فيما لو أودعه إنسان درهمين و آخر درهما و امتزج الجميع ثم تلف درهم فـإن لـذى الـدرهمين درهمـا منهمـا لا احتمال فيه، و أما الأخر فهو محتمل لكل منهما و لا مرجـح، فالعدل بينهما قسمته نصفين بينهما للقاعده التى عرفتها و أكدها هنا

خبر السكونى (۱)عن الصـادق عليه السـلام «فى رجـل اسـتودعه رجـل دينارين و اسـتودعه آخر دينارا فضاع دينار منهما؟ فقال: يعطى صاحب الدينارين دينارا و يقسمان الدينار الباقى بينهما نصفين»

بل ظاهره عـدم اعتبار الامتزاج فى هـذا الحكم، بل يكفى الاشـتباه، كما أن ظاهره ذلك و إن لم تتصادم دعواهما فى الـدينار، و أنه لا يمين على أحد منهما خصوصا مع عدم علم كل واحد منهما بعين حقه.

لكن فى المسالك استشكله فى ضعف المستند بأن التالف لا يحتمل كونه منهما

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ۱.

بل من أحدهما خاصه، لامتناع الإشاعه هنا و الموافق للقواعد الشرعيه هنا القول بالقرعه، و مال إليه فى الدروس إلا أنه تحاشى عن مخالفه الأصحاب.

قلت: قال فى الدروس: «و لو أودعه واحد دينارين و آخر دينارا فضاع دينار و اشتبه ففى روايه السكونى لصاحب الدينار نصف دينار و للآخر الباقى، و العمل بها مشهور، و هنا الإشاعه ممتنعه، و لو كان فى اجزاء ممتزجه كان الباقى أثلاثا، و لم يذكر الأصحاب فى هاتين المسألتين يمينا، و ذكروهما فى باب الصلح، فجائز أن يكون ذلك الصلح قهريا، و جائز أن يكون اختياريا، فإن امتنعا فاليمين، و الفاضل فى أحد أقواله يحكم فى مسأله الوديعه بأن الدينارين الباقيين بينهما أثلاثا، كمختلط الأجزاء و فيه بعد، و لو قيل: بالقرعه أمكن».

و فيه: أنها عند الاشكال، و لا إشكال بعد النص و الفتوى، و القاعده التى أشرنا إليها فى قسمه المال بين مدعيه، قلوا أو كثروا بالسويه بعد فرض استوائهم فى قطع الدعوى بذلك المنزل منزله الصلح القهرى فيما بينهم.

و منه يعلم ما فى احتمال كونه اختياريا، ضروره إمكان القطع بعدمه من النص و الفتوى، كالقطع بعدم اليمين فى جميع الصور حتى المسأله الأولى التى حصل الاشتباه فى مالك المال من تعاقب يديهما المقتضيه ملك كل واحد منهما، بعد معلوميه عدم ملكيه المال المتحد لمالكين، و إبطال اقتضاء كل من اليدين فى النصف، ليس بأولى من القول بحصول الاشتباه فى مالك الكل الذى هو مقتضى يد كل منهما، فيكون مالا مشتبها دائرا بينهما، تأتى فيه القاعده السابقه.

و أما ما حكاه عن الفاضل، فهو كما ذكر فى غايه البعد مع فرض الاشتباه بدون امتزاج، ضروره عدم حصول الشركه بينهما بذلك، أما مع فرضه فقد يقال: بأنه كالممتزج من الحبوب حينئذ، اللهم إلا أن يدعى حصول الشركه بها قهرا شرعا بخلاف غيره من الدراهم و نحوها، لكنه كما ترى، فالأولى فرض مسأله المتن بدون امتزاج كما فى النص.

أما معه و قلنا بحصول الشركه به مطلقا فالمتجه فيه حينئذ حكم الأقفزه فى

کون التـالف علی النسـبه، و احتمـال الفرق بالقطع فی الحبوب بکون التالف منهما بخلافه فی مسأله الـدرهم- یـدفعه أولا: أنه لا قطع بکونه علی النسبه فی الحبوب، إذ یمکن التفاوت، و ثانیا: عدم المدخلیه لذلک بعد فرض الدلیل شرعا علی حصول الشرکه بالامتزاج فی المثلیات علی وجه یرفع التمییز.

و قـد ظهر لـک من ذلـک کله أن الحکم المزبور- فی هـذه المسائل التی قـد عرفت اتفاق النص و الاعتبار و المعظم من الفتوی علیه- قائم مقام الصلح فیها بالنسبه إلی قطع المخاصمه، و لهذه المناسبه ذکرها الأصحاب فی کتابه.

و من ذلک المسأله الثالثه و هی ما لو کان لواحد ثوب بعشـرین درهما، و لآخر ثوب بثلاثین درهما، ثم اشتبها، فإن خیر أحدهما صاحبه فقد أنصفه، و إن تعاسرا بیعا و قسم ثمنهما بینهما، فأعطی صاحب العشرین سهمین من خمسه و للآخر ثلاثه التی قد افتی المشهور فیها بذلک ل

خبر إسـحاق بن عمار(۱)عن الصـادق علیه السـلام «فی الرجـل یبضـعه الرجل ثلاثین درهما فی ثوب، و آخر عشـرین درهما فی ثوب فبعث الثوبین فلم یعرف هـذا ثوبه و لاـ هـذا ثوبه قـال: یبـاع الثوبـان فیعطی صـاحب الثلاـثین ثلاثه أخماس الثمن، و الآخر خمسی الثمن، قلت: فإن صاحب العشرین قال لصاحب الثلاثین،: اختر أیهما شئت، قال: قد أنصفه»

المنجبر بالشهره مع احتمال صحه سندها فی طریق الصدوق، بل و الشیخ.

فمـا عن ابن إدریس من القرعه و مـال إلیه فی المسالک فی غیر محله، ضـروره عـدم الإشـکال بعـد ما عرفت، معتضـدا بالاعتبار الذی یقتضی بکون مثل هذا الاشتباه کالاشتراک، بل لو لم یشتبها و بیعا معا کان الثمن موزعا علی حسب قیمتهما، إلا أن الظاهر من النص و الفتوی عـدم اعتبـار المعیه فی بیعهما فی الحکم المزبور، بل ظاهرهما صـیروره مالکیهما کالشـریکین باعتبار احتمال تملک کل منهما لکل منهما، فهما بمثابه الشریکین فیهما علی نسبه قیمتهما.

فما فی التذکره- «من أنه إن بیعا منفردین و تساویا فی الثمن فلکل واحد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الصلح الحدیث- ۱-.

ثم ثوب و لا- إشكال، و إن اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر قيمه، و كذا الأقل بناء على الغالب، و إن بيعا مجتمعين صارا كالمال المشترك شركه إجباريه كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال-» كالاجتهاد فى مقابله النص المعتضد بفتوى المعظم، المقتضى صيرورتهما بمثابه الشريكين على كل حال.

و لذا قال فى الدروس بعد حكايه ذلك عنه: «و يلزم على هذا ترجيح أحد الأمرين من بيعهما معا أو منفردين إذ الحكم مختلف» و يظهر أنه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع، و الروايه مطلقه فى البيع، و يؤيدها أن الاشتباه مظنه تساوى القيمتين فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم، فهما بمثابه الشريكين.

نعم ما فيها أى الدروس «من أنه إن عملنا بالروايه ففى تعديها إلى الثياب و الأمتعه و الأثمان المختلفه، نظر، من تساوى الطريق فى الجميع و عدمه، و الأقرب القرعه هنا» مخالف ل

قولهم عليهم السلام (۱)علينا ان نلقى إليكم الأصول، و عليكم أن تفرعوا

و(۲)«لا يكون الفقيه فقيها حتى نلحن له فى القول فيعرف ما نلحن له»

و لظهور إراده التعليم منها مؤيدا ذلك كله بموافقه ما فيها للاعتبار، و مناسبته لما سمعته سابقا مما شرع لقطع التنازع و التخاصم، فالأقوى حينئذ التعديه. هذا و ربما ظهر من الحكم فى هذه المسأله أنه من بيان موضوعات الاحكام، لا من باب المرافعات، ضروره عدم ميزان للحكم فيها من البينه و اليمين، و لعل الأمر فى المسائل السابقه كذلك أيضا، فلا يتوجه ما سمعته سابقا من بعضهم من اليمين فلاحظ و تأمل و الله العالم.

و إذا بان أحد العوضين المعينين فى العقد مستحقا للغير أو غير قابل للعوضيه كالخمر و الخنزير بطل الصلح بلا خلاف و لا إشكال، ضروره أنهما من أركان هذا الصلح الذى قد وقعا فيه، و إن لم نقل أنه يعتبر فى الصلح العوض، لقيامه مقام الهبه و العاريه إلا أن الحكم بصحته منهما هنا غير ما قصدا فيه، فالمقصود حينئذ لم يصح بالفرض، و الذى فرض صحته غير مقصود.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب صفات القاضى الحديث- ۵۱-.

۲- ۲ المستدرك ج- ۳- ص ۱۹۴ مع اختلاف يسير.

و لا يقاس ما هنا على المهر فى النكاح- الذى فساده فيه لا يقتضى فساد العقد، باعتبار كونه ليس من الأركان فيه، بل يرجع إلى مهر المثل لحرمه القياس أولا، و لعدم عوض مقرر شرعا هنا،- كمهر المثل الذى يرجع إليه عند فرض عدم المهر- ثانيا، و لكون المهر فى عقد

النكاح بعد أن دل الدليل على عدم فساد العقد بفساده، صار كالملتزم المستقل عند العقد بالنسبه إلى حكم المزبور، بخلاف المقام الذى لا دليل فيه كذلك، و إن ثبت وقوع الصلح بلا عوض كما هو واضح.

و لا فرق عندنا بين القصاص و غيره فى الحكم بالبطلان مع علم المصالح بفساد العوض خلافا لبعض العامه فأسقط القصاص به، و هو كما ترى مقتض لترتيب الأثر على الفاسد.

نعم المنساق من العوض فى المتن و غيره ما قيدنا به العباره من كونه معينا، أما إذا كان مطلقا فظهر استحقاق المدفوع عنه مثلا رجع ببدله، كالبيع، و لا فساد فى العقد كما أنه لو ظهر فى المعين عيب مثلا تخير فى الفسخ، و لا بطلان، لكون الصحه منها باعتبار الانسياق إليها كالمذكوره وصفها فيها، فمع فرض عدمها يثبت الخيار، لقاعده نفى الضرر و غيرها.

نعم فى تخييره بين الفسخ و بين الأرش كما فى البيع إشكال، أقواه العدم، لحرمه القياس بعد اختصاص الدليل بالبيع الذى لا يدخل فيه الصلح على الأصح، و دعوى- أن ثبوته أيضا من قاعده نفى الضرر كالخيار- واضحه المنع، ضروره أنها لا تقتضى إلا عدم اللزوم المترتب عليه الضرر.

و من ذلك يعلم ثبوت كل خيار فى البيع فى الصلح إذا كان دليله قاعده نفى الضرر أو غيرها مما يصلح لتناول الصلح كخيار الغبن الذى قد صرح بثبوته هنا غير واحد، و تخلف الوصف، و عدم الوفاء بالشرط، و اشتراط الخيار، و نحو ذلك بخلاف ما اختص دليله بالبيع كخيار المجلس و الحيوان و نحوهما، بناء على عدم فرعيه الصلح للبيع و الله العالم.

و على كل حال فلا إشكال فى أنه يصح الصلح على عين بعين أو منفعه،

و على منفعه بعين أو منفعه للعمومات المقتضيه لذلك، و لغيره من الصلح عن الحق إسقاطا أو نقلا كحق الخيار، و حق التحجير، و حق الشفعه بحق مثله، أو عين أو منفعه أو غير ذلك من صور الاختلاط، بل الظاهر أنها تقتضى صحه الصلح عن كل حق حتى يعلم عدم جواز إسقاطه أو نقله شرعا و لذلك أفراد كثيره، كحق السبق الى الوقف، و حق القذف و الغيبه، و حق الرجوع فى الطلاق فى البذل و غير ذلك مما تسمعه فى تضاعيف هذا الكتاب و غيره.

نعم الظاهر فى كثير من الحقوق صحه الصلح لإسقاطها لا نقلها، بل لو شك فيه أمكن القول بعدم مشروعيته بعمومات الصلح فتأمل جيدا.

و لو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح و ان لم يكن ثم قبض فى المجلس، لما عرفت من عدم كون الصلح فرعا للبيع عندنا، و أنه لا يعتبر فيه ما يعتبر فى بيع الصرف على الأشبه بأصول المذهب و قواعده و كذا لو قام مقام بيع السلم لا يعتبر فيه قبض العوض فى المجلس، الى غير ذلك من الأحكام المختصه بالبيع حتى الربا، بناء على أنه منها.

نعم لو قلنا بشموله لجميع المعاوضات، اتجه حينئذ جريانه فى الصلح، و قد تقدم تحقيق ذلك فى كتاب البيع الا أنه على كل حال لو أتلف على رجل ثوبا قيمته درهم مثلا- فصالحه عنه على درهمين أو أقل من الدرهم صح، على الأشبه (۱۱) بأصول المذهب و قواعده و الأشهر بل فى الدروس المشهور لان الصلح وقع عن الثوب (۱۲) أو عن قيمته الكليه التى لا تختص بالدرهم لا عن الدرهم (۱۳) الذى لم يثبت فى الذمه.

لكن فى المسالك فى شرح هذه العباره تبعا لجامع المقاصد بل و الدروس «هذا إنما يتم على القول بضمان القيمى بمثله، ليكون الثابت فى الذمه ثوبا، و يكون هو متعلق الصلح، أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمه المتلف إنما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين، الربا فيبطل، و هو الأقوى، بل فى الدروس، أنه لذلك أبطله فى الخلاف و المبسوط».

و فيه: أن المعلوم من مـذهب المصـنف، ضـمان القيمى بقيمته لاـ بمثله الـذى هو مـذهب نـادر، و ليس مـا فى كلام المصـنف و الفاضل بل المشهور كما سمعت مبنيا على ذلك بل هو إما لأن الثابت فى القيمى فى الذمه نفسه كما هو مقتضى

قوله عليه السلام (۱)«على اليد ما أخذت»

بل و قوله (۲)«من أتلف» إلى آخره، و إن كان الواجب دفع القيمه عنه عوضا شـرعيا، لعـدم إمكان أداء نفسه، و عـدم معرفه مثل له، حتى يكون أقرب من القيمه، فالصـلح حينئـذ إذا وقع يقع عنه لا عن قيمته، و ليس هـذا قولا بكون القيمى يضـمن بمثله الذى هو معنى وجوب تـأديه المثـل التسـامحى عرفـا، أو لأنـه و إن قلنـا بكون الثـابت فى الـذمه قيمته إلاـ أنها غير متعينه فى خصوص الـدراهم، و إن كان لو أديت منها كانت قيمته درهما و من الـدينار كـذا و منهما كـذا، و هـذا لا يقضـى بكون الثابت فى الـذمه الـدرهم بخصوصه، كى يسـتلزم الصـلح عليه بدرهمين الربا، لكون الصـلح فرع البيع، أو لأن الربا يعم المعاوضات أجمع، فيكون المراد من الثوب فى المتن قيمته حينئذ، و لعل غرض المصنف و الفاضل و غيرهما ممن تعرض لهذه المسأله التعريض بما سمعته من الخلاف و المبسوط.

نعم قـد يقـال بعـدم الصـحه على هـذا الوجه لو فرض أن النقـد الغـالب من جنس مـا صالـح به بناء على كونه حينئـذ هو الثابت، بخلاف ما إذا تعدد الجنس و استويا بأن كان دراهم و دنانير و الله العالم.

و لو ادعى دارا فأنكر من هى فى يده ثم صالحه المنكر عن إسقاط دعواه على سكنى سنه مثلا صح بلا خلاف و لا اشكال عندنا و لم يكن لأحدهما الرجوع عن ذلك لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقله اللازمه و كذا لو

أقر له المـدعى بالدار ثم صالح المنكر المدعى المقر على سـكنى سـنه، أو أن المراد أقر من هى فى يده ثم صالحه المقر له على سكنى المقر سنه.

۱- ۱ المستدرك ج- ۲- ص ۵۰۴ و سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۰.

۲- ۲ قاعده متصيده من بعض الاخبار راجع للاطلاع على مدركها الجزء الثانى من القواعد الفقهيه للسيد البجنوردى.

و على كل حال فهو صحيح، بناء على عدم اعتبار العوض فى صحته، بل و لازم بناء على ما سمعت من كونه عقدا مستقلا برأسه، مندرج تحت (۱)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و غيره من أدله اللزوم.

و لكن قيل و القائل الشافعى من العامه و الشيخ من الخاصه له الرجوع، لأنه هنا فرع العاريه إذ هو إباحه منفعه بلا عوض و قد عرفت سابقا أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، و أن افاده عقد مفاد آخر لا تقتضى لحوق أحكامه، على أن الصلح هنا يقتضى ملك المنفعه لا إباحتها، و لقد أفصح عن ذلك كله فى الدروس بقوله: «و لو ادعى دارا فأقر له بها فصالحه على سكنى المقر سنه صح و لا رجوع ان جعلناه أصلا و جوزناه بغير عوض، و لو أنكر فصالحه المدعى عليه على سكنى للمدعى سنه فهو أولى بعدم الرجوع، لأنه عوض عن دعواه، و كذا لو كان الساكن المنكر، لأنه عوض عن جحوده هذا.

و لكن فى المسالك «و انما قيد المصنف بإنكار من هى فى يده مع جواز الصلح مع الإقرار و الإنكار ليتصور كون الصلح المذكور عاريه عند الشيخ، لأنه جعل اباحه منفعه بغير

عوض. أما لو أقر له بها فإن الصلح و ان جاز الا أن المنفعه يقابلها عوض و هو العين، فلا يتحقق العاريه، مع أن الشافعى لما شرط فى صحه الصلح الإقرار، و جعله فرعا على العقود الخمسه، مثل للعاريه بما ذكر هنا، مع كون المدعى عليه مقرا، و وجهه أن العوضين من واحد، فكان الحكم راجعا إلى العاريه».

و لا يخفى عليك ما فيه من وجوه النظر، بل لا يكاد يتصور له وجه صحه، حتى ما حكاه عن الشافعى فإن المنقول عنه فى التذكره مثالا لذلك هو أن يكون فى يده دار فيقر له بها، فيصالحه على سكناها شهرا، فإنه- سواء أراد سكنى من فى يده المقر بها للغير، أو سكنى المدعى الذى فرض إقراره بها لمن هى فى يده- غير ما سمعته عنه عند التأمل و الأمر فى ذلك سهل بعد وضوح الحال.

انما الكلام فى صحه هذا الصلح بسبب عدم اشتماله على العوض، و كذا الصلح

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

القائم مقام الهبه كما لو قال: صالحتك عن هـذه الـدار، فيقول: الآخر قبلت نحو قوله فى القائم مقام العاريه: صالحتك عن منفعه هذه الدار سنه مثلا، فيقول الآخر: قبلت، فيصح صلحا لازما و هكذا، فإن ما سمعته من الدروس صريح فى التردد فيه، بل صرح الفاضل فى غير واحد من كتبه بأن من أركانه المصالح منه، و المصالح به، بل فى موضع من التذكره أنه معاوضه إجماعا، بل أرسله الكركى و غيره إرسال المسلمات، فان قيل: عليه، إن الصلح إذا وقع موقع الإبراء- كما لو صالحه من الحق على بعضه- فإنه صحيح، لعموم شرعيه الصلح، و ليس فيه عوضا. قلنا: يكفى فى المغايره الجزئيه و الكليه بل ربما كان فى قوله تعالى (۱)«لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» اشعار به، بناء على إراده المعاوضه من التجاره، و ان كان فيه ما فيه، كما أن فى الإكتفاء بالجزئيه و الكليه فى تحقق المعاوضه ما لا يخفى. و الا لكفت فى غير الصلح من عقودها، على أنه لا يتم فى القائم مقام العاريه كما فى نحو المقام.

بل منه يعلم ما فى دعوى كونه من عقود المعاوضه، مضافا إلى خلو نصوص المقام عن اعتبار ذلك فيه، بل ربما ظهر منها خلافه، كما لا يخفى على من لاحظها، بل قد يدعى كون المستفاد منها أن كلما يتفقان عليه و يصطلحان عليه مما لم يكن فيه تحليل حرام، أو بالعكس كان من الصلح الجائز، و جرت عليه أحكام عقد الصلح من اللزوم و غيره، و ان كان مقتضى ذلك عدم اختصاص ما يقوم الصلح مقامه بخمسه، البيع و الإجاره و الهبه، و العاريه، و الإبراء. كما هو ظاهر جماعه، بل صريح الكركى فى حاشيه الكتاب.

ضروره كون المتجه حينئذ قيام الصلح مقام المضاربه و غيرها، و فائدته اللزوم و غيره من أحكام الصلح، الا أنى لم أر مصرحا به كما أنى لم أر تحريرا لهذه المسأله فى كلامهم، بل و لا أن المراد بالمعاوضه فيه الصوريه لا

الحقيقيه، بمعنى أنه عند تأليف عقده لا بد فيه من صوره مصالح عنه و مصالح به، و على تقديره فليس فى الأدله ما يقوم بذلك، و المتجه ما عرفت من عدم اعتبارها فيه صوره و حقيقه ان لم يكن إجماع على

۱- ۱ سوره النساء الآيه- ۲۹.

خلافه، و لعل ما ذکره غیر واحد من صحه الصلح عما فی الذمه بالأنقص فی غیر الربوی بل و فیه حتی علی القول بعمومه له، باعتبار کون هذا الصلح لیس معاوضه، بل هو فی معنی الإبراء کما اعترف به فی الدروس، مستدلا علیه ب

قول النبی صلی الله علیه و آله (۱)لکعب بن مالک لما تخاصم مع آخر «اترک الشطر و اتبعه ببقیته»

و بأنه روی عن الصادق علیه السلام (۲)ما یشهد لذلک فی الجمله، بل الظاهر عدم الفرق بین أن یکون صورته صالحتک علی ألف بخمسمأه، أو بهذه الخمسمائه، و ان ظهرت فیها صوره المعاوضه لکن الأقوی جوازها أیضا، لاشتراکهما فی الغایه.

نعم الأقرب کما فی الدروس الافتقار الی قبول الغریم هنا و إن لم یشترط فی الإبراء القبول، لأجل إتمام عقد الصلح، و علی کل حال فمما ذکرنا یظهر لک أولویه الجواز فیما لو صالح علی المؤجل بإسقاط بعضه حالا، و إن کان بجنسه کما هو مقتضی إطلاق الأصحاب، لما عرفت

من عدم کونه معاوضه، فلا یجری فیه الربا، لکن فی الدروس بعد اعترافه بإطلاق الأصحاب الجواز قال: «و هو إما لأن الصلح هنا لیس معاوضه، أو لأن الربا یختص البیع، أو لأن النقیصه فی مقابل الحلول» و فی الثانی منهما أنه لا یتم لفتوی جماعه أو المشهور بعموم الربا، بل و الثالث بأن ذلک یقتضی جوازه فی البیع، و لا یقولون به، فلیس إلا الأول الذی هو قد أفتی به فی الصلح عن الحال ببعضه، فضلا عن المؤجل.

و علی کل حال فلو ظهر استحقاق العوض أو تعیبه فرده فالأقرب أن الأجل بحاله، و لو ادعی علی المیت و لا بینه فصالح الوصی تبع المصلحه، و ما عن ابن الجنید من إطلاق المنع فی غیر محله و الله العالم.

و کیف کان ف لو ادعی اثنان مثلا- دارا فی ید ثالث مثلا متفقین علی التصریح بأن ملکهما لها بسبب موجب للشرکه بینهما کالمیراث فصدق المدعی علیه أحدهما بمقدار حقه دون الأخر، کان ذلک مشترکا بینهما، و لا یختص به المقر. له، لما عرفت من اتفاقهما علی اتحاد السبب بالنسبه إلیهما علی وجه یمتنع

۱- ۱ المستدرک ج- ۲- ص ۴۹۹.

۲- ۲ المستدرک ج- ۲- ص ۴۹۹.

استحقاق أحدهما دون الآخر، ضروره عدم الفرق بين الكل و البعض فى الشركه، بعد فرض اتحاد السبب الذى لا فرق فى اقتضائه الشركه بينهما، فمع فرض إقرار المتشبث بأن نصف الدار ليس له، كان حينئذ من مخلفات الميت باتفاقهما، و لا معارض لهما فيه فيشتركان فيه، و تخصيص ذى اليد له بأحدهما غير مجد بعد اتفاقهما فيما بينهما على مقتضى الشركه فى المقر به، و إنما نفع إقراره رفع يده عنه.

و حينئذ فإذا صالحه على ذلك النصف الذى أقر له به بعوض فإن كان بإذن صاحبه و لو لاحقا صح الصلح فى النصف أجمع، و كان العوض مشتركا بينهما، و إن كان بغير إذنه صح فى حقه و هو الربع خاصه و بطل فى حصه الشريك و هو الربع الآخر هذا كله مع التصريح منهما بالسبب المقتضى للشريك.

أما لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركه كما لو قال أحدهما: لى النصف بالإرث و الآخر بالشراء لم يشتركا فيما يقر به لأحدهما لعدم المقتضى لها بعد فرض أن سبب ملك كل منهما غير الآخر، و إنما الاشتراك قد جاء من جهه الإشاعه.

نعم لو قالا: اشتريناها معا أو اتهبناها و قبضناها معا ففى التذكره «الأقرب أنه كالإرث، لاشتراك السبب، و هو أحد قولى الشافعيه، و الثانى أنهما لا يشتركان فيما أقر به، لأن البيع بين اثنين بمنزله الصفقتين، فان تعدد المشترى يقتضى تعدد العقد و كان بمنزله ما لو ملكا بعقدين».

هذا خلاصه ما يقال فى توضيح ما ذكره المصنف و جماعه فى القسمين. و لكن فى المسالك «فيه بحث، لأنه لا يتم الا على القول بتنزيل البيع و الصلح على الإشاعه، كالإقرار و هم لا يقولون به، بل يحملون إطلاقه على ملك البائع و المصالح، حتى لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقا، انصرف إلى نصفه خاصه، لا النصف المشاع بينه و بين شريكه، بخلاف الإقرار، فإنه إخبار عن ملك لشى ء فليستوى فيه ما هو ملكه و ملك غيره، و حينئذ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقر له خاصه فيصح فى جميع الحصه بجميع العوض و يبقى المنازعه بين الآخر و المتشبث».

هـذا إذا وقع الصـلح على النصف مطلقا، أو النصف الذى هو ملك للمقر له، أما لو وقع على النصف الذى أقر به المتشـبث توجه قول الجماعه، لأن الإقرار منزل على الإشاعه، و الصلح وقع على المقر به فيكون تابعا له فيها، و على هذا ينبغى حمل كلامهم لئلا ينافى ما ذكروه من القاعده التى ذكرناها، و هذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه».

قلت: لا يخفى عليك ما فيه من أن ما ذكروه من قاعـده الانصـراف المزبور فيما إذا كان متعلق البيع مقدار حق الشـريك البائع لا فى نحو المقـام المفروض فيه عـدم ثبوت غير الربع للبـائع، و الفرض أن مورده النصف، على أن عباره المتن و غيرها كالصـريحه فى كون المراد النصف الذى قد أقر به له، بل لم يقصد المشترى إلا ذلك، و إلا لاتجه حينئذ دفع العوض جميعا له، و بقاء الربع من النصف المقر به للشـريك، ضروره عدم انتقاله بالصلح المفروض مورده النصف المدعى به الذى لا وجه للصلح عنه الا على إراده إسـقاط الـدعوى به، ضـروره عـدم ثبـوت شـى ء له الاـ الربع الحاصـل من النصف المقر به فـإذا فرض تنزيـل الصـلح على المختص به، و لو بدعواه الذى لا يلحقه شـريكه فيه، و هو الربع من النصف المقر به، و الربع من النصف فى يد المتشبث يختص حينئـذ بـالعوض، و يكون الشـريك على ربعه فى النصف المقر به حينئـذ، و هو غير مـا قصـده المشـترى قطعـا، بـل غير مفروض البحث.

اللهم الا أن يفرض أن المقر به بالنسـبه إلى المقر ليس هو الا النصف الذى لا يلحقه شريكه به فمع فرض كون المقصود بالصلح النصف الـذى هو كـذلك يتجه حينئـذ اختصاصه بالعوض، و يبقى النزاع بين الشـريك و المتشـبث فتأمل جيدا و الأمر فى ذلك سهل.

إنما الكلام فيما ذكره فى جامع المقاصد فإنه بعد أن قرر ما فى القواعد بنحو ما سمعته منافى تقرير ما فى المتن قال: «و لقائل أن يقول: لا فرق بين تغاير السـبب و كونه مقتضـيا للتشـريك فى عدم الشـركه، لأن الصلح إنما هو على استحقاق المقر له و هو أمر كلى يمكن نقله عن مـالكه إلى آخر، و لهـذا لو بـاع أحـد الورثه حصـته من الإـرث صـح، و لم يتوقف على رضـا البـاقين، فـإن أجيب- بأن الإنكار لاستحقاق

الآـخر صير النصف كالتالف، فيجب أن يكون منهما لامتناع تلف حصه أحدهما دون الأخر- قلنا: فإذا تغاير السبب يجب أن يكون كذلك، مع اعتراف المقر له بالشركه،- إلى أن قال-: و نبه شيخنا الشهيد على ذلك فى حواشيه على الكتاب- ثم قال:- و الذى يقتضيه النظر أن الحكم فى مسأله الإرث قبل قبض الوارثين صحيح، لأن الحاصل من التركه قبل القبض هو المحسوب تركه بالنسبه إلى الورثه و التالف لاـ يحسب عليهم، و كأنه لم يكن، و امتناع الوصول اليه كتلفه فى هذا الحكم و الظاهر أنه لا خلاف فى ذلك أما بعد القبض و استقرار الملك لهم، و انقطاع كل من الورثه عن حق الآخر فلاـ دليل على إلحاق تعذر الوصول إلى حق بعضهم بالإنكار مع عدم البينه و نحوه بتلف البعض فى هذا الحكم، و الأصل عدمه فينبغى التوقف فيه، فليلحظ الحكم المذكور فى المبيع، و لو كان المشترك دينا فأقر لبعض و أنكر بعضا ففى التركه قبل القبض لا بحث، و بعد القبض و غير التركه من أقسام الشركه فيه الخلاف المشهور من أن الحاصل لهما، و التالف عليهما و عدمه».

و كأنه أخذ ذلك مما حكاه فى التذكره عن أحد قولى الشافعيه، قال فيها بعد أن ذكر أصل المسأله بنحو ما قررناه: «هذا إذا لم يتعرضا لقبض الدار، أما لو قالا:

ورثناها و قبضنا ثم غصبها منا، فالأقرب أنه كذلك أيضا، يشتركان فيما يقبضه المقر له منه، لأن إيجاب الإرث الشيوع و هو لا يختلف، و هو أحد قولى الشافعى و محكى عن أبى حنيفه، و مالك، و القول الأخر له: إنه لا يشاركه، لأن التركه إذا حصلت فى يد الورثه صار كل منهما قابضا لحقه، و انقطع عما فى يد الأخر، و لهذا يجوز أن يطرء الغصب على نصيب أحدهما خاصه، بأن تزال يده، فإن المغصوب لا يكون مشتركا بينهما.

لكن فى المسالك بعد أن حكى عن الشهيد و المحقق الثانى ما سمعت من انصراف الصلح إلى حصه المقر له من غير مشاركه الأخر مطلقا، و عن الأخير منهما الفرق بين الصلح قبل قبض التركه و بعده قال: «و هذا الفرق انما يتم فيما لو قبض أحد الوارثين شيئا من أعيان التركه أو باعه، أما الصلح فيبنى على ما لو صالح أحد الشريكين فى

الـدين على حقه فيه هـل يختص بـالعوض أم لا؟ و الظاهر الاختصاص، لأن الـذاهب لا يخرج عن كونه حقا له، و الصـلح لم يقع على عين خـاصه، حتى يشتركـا فى عوضـها، و انمـا وقع على حقه، و هو ممكن نقله بعوض فـالبحث السـابق مثله آت فى مسـأله الإرث قبل القبض و بعده».

و مما ذكرناه يعلم حكم المـدعى المـذكور الـذى قـد صولح على بعضه، لو كان دينا فإن قبض عوض الصـلح فيه يكون كقبض أحد الشريكين فى الدين حصته بالصلح، و قد تقدم الكلام فيه فى باب القرض، و يأتى فيه فى كتاب الشركه مزيد بحث.

و التحقيـق أن يقـال: ان محـل كلاـم الأصـحاب فى المـدعيين المتفقين على اتحـاد جهه ملكهمـا، و أنه ليس لأحـدهما احتمـال اختصاص عن الأخر بوجه، و حينئـذ فإقرار المتشـبث بالنصف لأحـدهما لم يفـد فى حق المقر له فائـده تخصه، بعـد سـبق إقراره لشـريكه، و انما أقصاه صـيروره هذا النصف لا يد لأحد عليه، فيبقى على الإرث بينهما بمقتضـى إقرارهما، فهو حينئذ كما لو قال من فى يـده الـدار: ان نصـفها ليس لى، و لا ريب فى اشتراكهما فيه، و لحقوق النقص لكل منهما بسـبب النصف الأخر الـذى يد المتشبث عليه.

و أمـا على فرض احتمال اختصاص أحـدهما بالمقر به، دون الأخر الـذى يحتمل فى حقه أنه قـد باع حقه من المتشـبث، أو وهبه إياه، أو نحو ذلک لم يشارک المقر له، بل و كذا لو ادعى كل منهما فى نصفه، فحلف أحدهما اليمين المردوده دون الأخر.

و حينئـذ فما وقع من أول الشـهيدين- و تبعه الكركى من احتمال اختصاص المقر له بعوض النصف الذى قد صالح عنه المقر له، قياسا على بيع الشـريک حصـته المشاعه التى لا يتصور الاشتراک فيها- فى غير محله، ضـروره صراحه كلامهم فى فرض المسأله فى الصـلح عن النصف المتفقين على اتحـاد جهه اشتراكهمـا فيه، و عـدم احتمـال اختصـاص أحـدهما به، فلا يتصور اختصاصـه بعوض النصف المعلوم عدم كونه له، و أن نصـفه ربع منه بيد المتشبث على نحو شريكه و لو فرض وقوع الصلح على وجه ينطبق على نصـفه المسـتحق له فى الواقع الذى لا يشاركه فيه الشـريک كان كذلک، لكنه يكون خروجا عن موضوع مسأله الأصـحاب التى فرقوا فيها بين اتفاقهما على سبب الاشتراک

و بين اختلافهما فيه، و سكوتهما عن ذلك، فحكموا بالاختصاص فى الأخيرين، دون الأول.

و منه يظهر الوجه فى عدم الفرق فى المسأله بين قبض الوارث و عدمه، و بين كون السبب الإرث و غيره، فما وقع من الكركى أخيرا أيضا- من التفصيل بذلك الذى قد عرفته لبعض الشافعيه- فى غير محله فتأمل جيدا ليستبين لك الحال فى أطراف المسأله التى منها معلوميه القاعده فى أن المال المشترك ما يذهب منه عليهما، و ما يبقى لهما.

و منها أن الحصه المشاعه التى هى للشريك لا شركه لأحد فيها، فإذا أراد الصلح عنها مثلا لم يلحقه الشريك بعوضها.

و منها أنهم قد ذكروا فى أنه لو أقر بأن نصف الدار لزيد، و الآخر لى و لشريكى و أنكر الشريك كان النصف الباقى بأيديهما بينهما على حسب نسبه الربع إلى النصف و ما أنكر عليهما، و إن كان المختص بالإنكار المقر له، بخلاف ما ذكروه فيما لو أقر أحد الأخوين بثالث، فأنكره الثالث، فإنه يختص النقصان بالمقر له. و أما المقر فيأخذ نصيبه تاما.

و لعل السبب فى ذلك استناد الأول إلى اليد، و نحوها التى تمضى على الشريكين بخلاف الأخير الذى تختص الخصومه فيه بين المقر له، و بين المنكر، كما أوضحناه فى غير المقام.

أو أن العمده فى الأخير النص و الإجماع، بل قد يقال: إن ذلك مقتضى تنزيل الإقرار على ما فى يده، و يد شريكه، و إن كان لا ينفذ فى حق الشريك، لكونه إقرارا فى حق الغير، و ينفذ فى نصيبه قبل الإقرار، فيدفع حينئذ الزائد عليه بعد الإقرار، بل لعل ذلك هو المتجه أيضا فى المثال الأول، فيكون النصف حينئذ بينهما، لكل منهما ربع، لا ثلثان و ثلث.

و دعوى اقتضاء قاعده الشركه ذلك، أى ما يبقى لهما على حسب النسبه، و ما يتلف عليهما، يمكن منعها فى الإنكار، ضروره عدم كونه تلفا حقيقه، و لا دليل على جريان

حكمه عليه، فتأمل جيدا و الله العالم بحقائق الاحكام.

و لو ادعى عليه بشى ء مثلا- فأنكر أو أقر أو لم تمكن دعوى أصلا فصالحه المدعى عليه مثلا عما ادعى به على سقى زرعه أو شجره بمائه أى ما يسقى به زرعه أو شجره من ماء المدعى عليه قيل: و القائل الشيخ فيما حكى عنه لا يجوز لأن العوض هو الماء و هو مجهول فلا- يصح الصلح بناء على فرعيته على البيع و فيه وجه آخر بالجواز مأخذه جواز بيع ماء الشرب أى النهر بتقدير المده بعد المشاهده بل قد عرفت فيما تقدم المنع من فرعيه الصلح للبيع أولا، و عدم قدح مثل هذه الجهاله فى الصلح ثانيا لكونها تؤل الى العلم.

نعم قد يمتنع الصلح على المجهول الذى لا يؤل إلى العلم كالمبهم و من الغريب منع الشيخ من ذلك، مع أن المحكى عنه فى الدروس جواز بيع ماء البئر و العين، و بيع جزء مشاع منه، و جعله عوضا للصلح، و من هنا قال فى المسالك: «يمكن أن يكون منعه من الصلح على السقى المذكور مطلقا، كما يدل عليه الإطلاق و الماء فيه مجهول لا يدخل فى أحد الأقسام، لأنه لم يستحق جميع الماء و لا بعضا منه معينا و إنما استحق سقيا لا يعرف قدره و لا مده انتهائه، و من ثم شرطنا فى الجواز ضبط المده، و هو لم يصرح بالمنع حينئذ، و لو تعلق الصلح بسقيه دائما لم تبعد الصحه، لأن جهاله مثل ذلك يتسامح فيها فى باب الصلح».

قلت: قد يقال بالتسامح فى الأول أيضا إذا كان لتحقق مسمى السقى قدر فى العرف، و إن اختلف أفراده اختلافا لا يقدح فى مثل الصلح، و حينئذ فلا يعتبر اشتراط المده و لو الدوام فى الصلح، على أنه لا ترفع جهاله مقدار الماء الذى هو العوض أو المعوض، إذ ليس الغرض منه الإجاره، بل نقل الأعيان المقدره بمثل ذلك، المندرج تحت عمومات الصلح كما عرفته فيما تقدم.

و أما لو صالحه عما ادعى به مثلا- على إجراء الماء من سطح المدعى إلى سطحه أو ساحته (۱۱) أى المدعى عليه، أو على إجرائه فى ساقيته المحفوره له مثلا صح (۱۲) للعمومات بعد العلم بالموضع الذى يجرى الماء منه (۱۳) لاختلافه

صغرا و كبرا باعتبـار قله المـاء و كثرته، لكن فى المسالـك «المراد بعلم الموضع الـذى يجرى المـاء منه أن يقـدر مجراه طولا ـ و عرضـا لترتفع الجهاله عن المحل المصالـح عليه، و لا يعتبر تعيين العمق، لأن من ملك شيئا ملك قراره إلى تخوم الأرض» و فيه أن مـا ذكره فى الصلح عمـا ادعى به على مجرى المـاء، لا ـ على استحقاق إجرائه الـذى هو المفروض فى المتن، و لـذا قـال فى الدروس: «و لو جعل عوض الصـلح عن الدعوى مجرى الماء فى أرضه، قدر المجرى طولا و عرضا، لا عمقا، لأن من ملك شـيئا ملـك قراره إلى تخوم الأرض، و لو جعله اجراء الماء فى ساقيه محفوره مشاهـده، جاز إذا قـدرت المـده، قال الشـيخ: يكون فرع الإجـاره، و فى المجرى، فرع البيع، قـال الشـيخ: و لو كـانت السـاقيه: غير محفوره لم يجز الصـلح على الإـجراء، لأـنه من استيجار المعدوم، و يشكل بإمكان تعيين مكان الاجراء طولا و عرضا، و اشتراط حفره على مالك الأرض، أو على المجرى ماؤه.

نعم لو كانت الأرض موقوفه أو مسـتأجره لم يجز، و لو صالحه على المـدعى به على إجراء الماء من سـطحه على سـطح المدعى عليه اشـتراط العلم بسـطح المـدعى، و هو كالصـريح فيمـا ذكرنـاه، و من ذلـك يعلم مـا فى قوله أى المسالـك أيضـا «قـد أطلق المصـنف و غيره حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهـدته، ليرتفع الغرر، و لا بأس باعتباره، لاختلاف الأغراض بقلته و كثرته، و لو كـان مـاء مطر اختلف بكبر محله و صـغره، فمعرفته تكون بمعرفه محله، ضـروره أنـك قـد عرفت فرض مراد المصـنف الـذى ترتفع الجهاله عنه بالعلم بالموضع الذى يجرى الماء منه، فإنه كاف فى رفع الغرر.

نعم قـد ينـاقش فى أصـل اعتبـار ذلـك لعمومـات الصـلح، و قبوله من الجهـاله و الغرر ما لا يقبله غيره، و على كل حال فإذا وقع السطح أو احتاجت الساقيه إلى إصلاح، وجب ذلك على المالك، لتوقف الحق عليه، و ليس على المصالح الذى له حق الاجراء مساعدته، و الله العالم.

و إذا قال المـدعى عليه صالحنى عليه لم يكن إقرارا، لأنه قـد يصـح مع الإنكار كما عرفته، فيما تقدم، خلافا لبعض العامه، فجعله إقرارا، بناء على عدم صحته

إلا معه، و هو كما ترى، أما لو قال: بعنى أو ملكنى كان إقرارا فى عدم كونه ملكا له، لاستحاله طلب تحصيل الحاصل.

نعم هو ليس إقرارا بكونه ملكا للمخاطب الذى طلب منه ذلك المحتمل وكالته أو ولايته أو غيرهما، فيبقى حينئذ على أصاله عدم ملكه، و حينئذ فلو أقر به حينئذ لغيره لم يكن رجوعا مقتضيا للضمان. اللهم إلا أن يدعى دلاله العرف على كونه ملكا له، فيترتب عليه حينئذ الحكم المزبور، ضروره كونه المتبع فى نحو ذلك، و لولاه لأمكن المناقشه فى أصل الإقرار بطلب البيع، لاحتمال ارادته ذلك منه على تقدير كونه ليس له احتياطا، فإنه يؤثر ملكا له فى الواقع و ان كان محكوما بكونه له فى ظاهر الشرع.

و لو صالح أجنبى المدعى عن المنكر صح عينا كان أو دينا. أذن أولا. لأنه فى معنى قضاء الدين، لكن عن المبسوط انه يرجع عليه ان دفع المال بإذنه، سواء صالح بإذنه أو لا، و الا فلا رجوع، لأنه تبرع، و قد يشكل الرجوع بما أداه و لو بإذنه مع كون الصلح بغير اذنه، باقتضاء عقد الصلح لزوم المال للأجنبى، فلا عبره بالإذن إذا كان قد صالح ليؤدى هو، بل و كذا لو صالح مطلقا.

نعم لو صالح ليؤدى المدعى عليه كان الصلح فضوليا، و لو صالحه لنفسه لا عن المنكر صح، و انتقلت الخصومه إليه، لكن فى الدروس «ان تعذر عليه انتزاع المصالح عليه فله الفسخ، لعدم سلامه العوض» و فيه تأمل.

نعم لا فرق فى صحه ما ذكرناه من الصلح بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح أو لا على الأقوى، و لو ادعى الأجنبى أنه وكيل المدعى عليه فى الصلح، فصالحه المدعى صح فإن أنكر المدعى عليه وكالته حلف، و لكن له اجازه العقد بعد حلفه و قبله و الله العالم.

[و يلحق بذلك أحكام النزاع فى الأملاک و هى مسائل]

اشاره

و كيف كان ف يلحق بذلک أحكام النزاع فى الأملاک لنوع من الاعتبار الذى هو ما عرفت من كون الصلح لقطع النزاع، على أنه ربما يذكر الصلح فى بعض أفراده، و لم يلحظ ذلک فى الدروس فجعله كتابا مستقلا سماه بكتاب تزاحم

الحقوق، و الأمر فی ذلک سهل.

و علی کل حال ف هی مسائل:

[المسأله الأولی یجوز إخراج الرواشن و الأجنحه الی الطرق النافذه إذا کانت عالیه لا تضر بالماره]

الأولی لا خلاف و لا إشکال فی أنه یجوز إخراج الرواشن و الأجنحه و نحوهما الی الطرق النافذه إذا کانت عالیه لا تضر بالماره و لم یعارض فیها مسلم، للسیره المستمره فی سائر الأعصار و الأمصار من زمن النبی صلی الله علیه و آله الی یومنا هذا، و قد وضع هو صلی الله علیه و آله میزابا لدار عمه العباس، بل هی کذلک من غیر حاجه الی الإذن من حاکم و لا من غیره، سواء قلنا بکون الهواء ملکا للمسلمین أو باقیا علی الإباحه الأصلیه، فما عن أحمد من اعتبار اذن الإمام فی وضع الجناح، فی غیر محله، بل هو کذلک.

و لو عارض فیها مسلم، علی الأصح لعدم ثبوت حق له فی المعارضه، لما عرفت من استمرار السیره المعتضده بالفتوی علی فعل ذلک، و عدم الالتفات الی المعارض خلافا للمحکی عن الخلاف و المبسوط من أنه لکل مسلم منعه، لأنه حق لجمیع المسلمین، و لأنه لو سقط شی ء منه ضمن، و هو یدل علی عدم جوازه الا بشرط الضمان و لأنه لا یملک القرار، فلا یملک الهواء، و فیه ما لا- یخفی، بعد ما عرفت، فهو حینئذ بمنعه معاند لا- حق له، و الضمان بعد تسلیمه لا- ینافی الجواز کما هو فی صوره عدم المعارضه التی قد وافق فیها، و جواز الفعل لا یتوقف علی کونه مالکا کما هو واضح.

نعم یعتبر فیه عدم الضرر علی الماره، بل فی المسالک و غیرها أن المعتبر ما یلیق بتلک الطریق عاده، فإن کانت مما یمر علیها الفرسان، اعتبر ارتفاع ذلک بقدر لا یصدم الرمح مائلا عاده، و اعتبر فی التذکره مروره ناصبا رمحه، لأنه قد تزدحم الفرسان، فیحتاج الی نصب الرماح، و نفاه فی الدروس لندوره، و لإمکان اجتماعهم مع إمالته علی وجه لا یبلغهم و هو أقوی، و ان کانت مما یمر فیها الإبل اعتبر فیها مروره محملا و مرکوبا و علی ظهره محمل إن أمکن مرور مثل ذلک عاده، و هکذا یعتبر ما تجری العاده بمروره علی تلک الطریق.

قلت: قد یقال: ان المعتبر عدم الضرر حتی فی الصوره النادره، لأنه المتیقن من الجواز فیما هو حق المسلمین کافه، و الیه أومأ فیما سمعته من التذکره، فیعتبر

حینئذ فی الطریق کونه علی الوجه المزبور و ان لم یعتد ازدحام الفرسان و الإبل و الکنائس، الا أنه ربما اتفق ذلک، خصوصا بناء علی أن الأصل المنع لتعلق حق المسلمین بإحیائهم، و المعلوم جوازه من السیره ذلک لا غیره، نعم لو قلنا: ان الأصل الجواز، لکونه من مباح الأصل، فیقتصر علی المتیقن فی المنع، اتجه حینئذ ما ذکروه، الا أن الأول لا یخلو من قوه.

هذا کله فی تضرر الماره أما تضرر غیرهم کالجار بالإشراف علیه و نحوه ففی المسالک و غیره لا عبره به، کما لو وضعه فی ملکه و استلزم الإشراف علیه فإن المحرم التطلع علیه لا البناء المشرف علیه.

خلافا للتذکره حیث الحق الأول بتضرر الماره، و فرق بینه و بین وضعه فی ملکه، بأن الروشن فی الطریق مشروط بعدم التضرر، لأن الهواء لیس ملکه، بخلاف الموضوع فی ملکه، لأن للإنسان التصرف فی ملکه کیف شاء، و ان استلزم الاشراف علی الجار، أو الظلمه علیه، و انما یمنع من الإشراف لا- من التعلیه المفضیه الی ذلک، إلی أن قال: و لست أعرف فی هذه المسأله بالخصوص نصا من الخاصه و لا من العامه، و انما صرت الی ما قلت عن اجتهاد.

و رده بعضهم بأن المعتبر عدم الإضرار بأهل الطریق من حیث الاستطراق الموضوع له الطریق، أما غیر ذلک فلا دلیل علی المنع منه، بل قد عرفت أنه لا عبره بضرر غیر المعتاد سلوکه فضلا عن غیر المار، فهو حینئذ کمن أحدث بناء فی مباح استلزم الإشراف علیه، و تقیید العلامه و غیره الضرر بالماره دلیل علی ذلک، و انما عمم هو الضرر فی هذا الفرع خاصه.

قلت: یمکن أن یکون بناء العلامه ما ذکرناه من أن المسلمین باحیائهم الطریق صار هو و قراره و هواؤه ملکا لهم أجمع، أو کالملک فلا یجوز لأحد منهم التصرف فیه بغیر إذنهم، أو اذن ولیهم، الا أن السیره جرت علی فعل ذلک، و المتیقن منها الخالی عن ضررهم من جهه الاستطراق و غیره، أما الخالی عن ضرر الاستطراق خاصه دون غیره فلا سیره علیه، فیبقی علی أصل المنع، اللهم الا أن یدعی کونها

كذلك أيضا، لكنه كما ترى، أو يدعى أن الأصل بالعكس كما أشرنا إليه سابقا، و لو لفقد نحو

«الناس مسلطون على أموالهم»

فى المقام، الباقى على اشتراك الناس فيه الذى يختص السابق به منهم مع عدم تضرر الآخر، لقاعده

«لا ضرر و لا ضرار».

لكن

فى دعائم الإسلام (۱)«و عنه صلوات الله و سلامه عليه أنه سئل عن الرجل يطيل بناءه فمنع جاره الشمس قال: ذلك له. و ليس هذا من الضرر الذى يمنع منه و يرفع جداره ما أحب إذا لم يكن نظر منه إليهم»

و فيها(۲)أيضا «و عنه صلى الله عليه و آله أنه قال: ليس لأحد أن يفتح كوه فى جداره ينظر منها إلى شى ء من داخل دار جاره فإن فتح للضياء فى موضع يرى منه لم يمنع ذلك».

و أما عمل السرداب فى الطريق النافذ إذا أحكم أزجه و لم يحفر الطريق من وجهها بحيث يضر الماره فقد صرح غير واحد بجوازه، للسيره أيضا. نعم لا يجوز ذلك فى المرفوع إلا بإذنهم. و ان أحكم، و مثله الساقيه من الماء و ان لم يكن لها رسم قديم، لكن الفاضل منع من عملها فى النافذ و ان أحكم الأزج عليها، أما لو عملها بغير أزج فإنه يمنع منها إجماعا، كما فى الدروس، و لكل أحد إزالتها و لو تضرر الجار بالسرداب و الساقيه فالظاهر جريان البحث السابق فيها، و لا يجوز إحداث دكه فيه و نحوها على باب داره و غيرها لأهل الدرب و غيرهم.

نعم ربما ظهر من بعضهم جوازها فى الزائد على المقدر شرعا عنه و فيه: أن الزائد بعد احياء المسلمين له بالاستطراق يكون حاله كحال الطريق بالنسبه الى ذلك، و لعله لذا قال فى الدروس: «اتسع الطريق أو ضاق، لأن احياء الطريق غير جائز، إذ هو مشترك بين ماره المسلمين، فليس له الاختصاص المانع من الاشتراك» بل فيها أيضا «و كذا لا يجوز الغرس فيه، و ان كان هناك مندوحه، لأن الزقاق قد يصدم ليلا و تزدحم فيها البهائم، و لأنه مع تطاول الأزمنه ينقطع أثر الاستطراق فى ذلك، و يحتمل جوازه ما لم يتضرر به الماره من ذلك، كالروشن و الساباط» و يضعف بأنهما فى الهواء، بخلاف الدكه و الشجره.

۱- ۱ الدعائم ج ۲ ص ۵۰۵ الطبعه الثانيه بمصر.

۲- ۲ الدعائم ج ۲ ص ۵۰۵ الطبعه الثانيه بمصر.

و علی کـل حـال ف لو کـانت الرواشن و الأـجنحه و ما شاکلها مضـره، وجب إزالتها علی الواضع الغاصب و علی کل قادر علی رفع المنکر و لو بإلزام الغاصب الواضع بذلک إذ لا یجب علی غیره الإزاله، لأنه «لا تَزِرُ وازِرَهٌ وِزْرَ أُخْری ».

و لو کان ضررها بأن أظلم بها الطریق علی وجه ذهب الضیاء منه أصلا فإنه لا خلاف و لا إشکال حینئذ فی أنه یجب إزالتها، بل فی المسالک «الإجماع علیه» بل و کذا إذا ذهب علی وجه یضـر الماره و لو ضـعیف البصـر منهم، و لو لیلا، لما عرفت من اعتبار عدم الضـرر فی الجواز، فما عن الشیخ من إطلاق عدم تأثیر الظلمه فی المنع فی غیر محله، و لعله الی ذلک أشار المصنف بقوله قیل: لا یجب إزالتها اللهم الا أن یرید ما لا ضرر فیها علی الماره، فإن وجود ظلمه ما بسببها من اللوازم.

و قد عرفت السیره مع ذلک علی فعلها کما لا خلاف فی أنه یجوز فتح الأبواب المستجده فیها أی الطرق النافذه سواء کانت لها بـاب أخری إلیهـا أو الی طریق مرفوع أم لاـ لمـا عرفت من أن المسـلمین فی ذلـک شـرع سواء، و لاـ یقـدح فی ذلک صـیروره المرفوعه نافذه بسبب الباب المفتوح فی بعض الصور، لأن ذلک انما یوجب نفوذ داره لا نفوذ الطریق، إذ لیس لأحد دخول داره إلا بإذنه، فلا یتحقق نفوذ الطریق، بل لو فرض تحققه لا بأس به أیضا، للأصل و غیره.

و

فی دعائم الإسـلام (۱)و عنه علیه السـلام أنه قـال: «من أراد أن یحول بـاب داره عن موضـعه، أو یفتـح معهـا بابـا غیره فی شـارع مسلوک نافذ فذلک له، الا ان یتبین أن فی ذلک ضررا یقینا، فإن کان فی رافعه غیر نافذه لم یفتح فیها بابا، و لم ینقله عن مکانه الا برضا أهل الرائغه»

، هذا کله فی الطرق النافذه.

أما الطرق المرفوعه و هی التی لا تنتهی إلی طریق آخر و لا مباح، بل الی ملک الغیر فهی ملک حقیقه لأربابها الذین لهم أبواب نافذه إلیها، دون من یلاصق داره و یکون حائطه إلیها من غیر نفوذ، فلهم سدها عن السکه و الارتفاق بها

۱- ۱ دعائم الإسلام ج ۲ ص ۵۰۵.

كغيرها من أملاكهم، و لهم قسمتها فيما بينهم، و إدخال كل منهم حصته الى داره، خلافا لبعض الشافعيه فمنع من سدها، لأن أهل الشارع يفزعون إليها، إذا عرض لهم سبب من زحمه و شبهها، و ضعفه واضح.

كما أنه لا يجوز لأحد من غير أربابها احداث ساباط و لا باب فيها و لا جناح و لا غيره الا بإذن أربابه، سواء كان مضرا أو لم يكن، لأنه مختص بهم و كذا ليس لبعضهم أيضا ذلك إلا بإذن شركائه، لكن على بحث فى بعض أفراد التصرف ستسمع الحال فيه إنشاء الله، بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك بل كأنه إجماع.

خلافا لأحد قولى الشافعيه من أنه لا يجوز لغير أهل السكه ذلك مطلقا، و أما هم فيجوز لكل واحد منهم انتزاع الجناح و الروشن و غيرهما إذا لم يضر بالماره لأن لكل واحد منهم الارتفاق بقرارها، فكذا هوائها كالشوارع.

و فيه بعد حرمه القياس عندنا إمكان الفرق بحصر أهل الطرق المرفوعه دون الشوارع، فاعتبر اذن الأولين، و عومل معامله الدار و نحوها من الأملاک بالنسبه الى ذلک، و ان لم يتضرر بخلاف الشوارع التى لا حصر لأهلها، و جرت السيره على التصرف فيها بما لا ضرر فيه على استطراقهم، فملكهم لها حينئذ على هذا الوجه، و لو لهذه السيره و نحوها.

فما عن المقدس الأردبيلى من التأمل فى ملک الطرق المرفوعه لأهلها فى غير محله، لا لما فى الحدائق «من أن التصرف دليل الملک و لكن فى الشوارع لما لم يكن المتصرف متعينا لم يترتب عليه الملک، بخلاف المرفوعه» إذ هو كما ترى، بل لما عرفت من أن الطريق المرفوع ان كان بعض ملكهم أخرجوه لهم فيما بينهم لهذه المنفعه الخاصه فلا اشكال، بل هو خارج عن محل البحث، و ان كان من المباحات فقد أحيوه و حازوه على هذا الوجه الخاص بهم، ضروره كون احياء كل شى ء بحسب حاله، و هذا و ان اقتضى كون الشارع ملكا للمسلمين، باعتبار أن هذه الحيازه- التى ليست من معين بل المعين سلكه أيضا على جهه العموم- تقتضى ذلک أيضا، الا أنه

للسيره المستمره فى العمل فى الأعصار و الأمصار جعل ذلك على الوجه المزبور، من غير رجوع إلى إذن حاكم الشرع، بل ليس له و لا لغيره من المسلمين المنع مع فرض عدم تضرر الماره، أو يقال: بعدم تحقق الحيازه التى هى الاختصاص عن الغير باستيلاء و نحوه، فلا- يتحقق حينئذ الملك فى النافذ دون المرفوع و لذا قالوا انه ملك لأربابه بخلاف النافذ و لعل ذلك هو المراد مما سمعته من الحدائق، لكن قد يمنع اعتبار الحيازه بالمعنى المزبور فى الملك، فيكفى فيه الاستيلاء و كذا الكلام فى باقى المرافق العامه و الخاصه.

نعم قد يقال: باقتضاء السيره و الطريقه جواز الدخول فيها، و الجلوس مع فرض عدم تضرر أهلها، و عدم اعتبار المساواه فى استطراق أربابها قله و كثره منه، أو من أتباعه و المترددين اليه، بل قد يقال بحصول الإذن شرعا و ان كان فيهم مولى عليه من طفل أو غيره، بل يمكن القول بذلك حتى مع منع بعضهم.

لكن فى الدروس «يجوز للأجنبى دخول السكه المرفوعه بغير إذن أهلها عملا بشاهد الحال، و الجلوس غير المضر بهم، و لو نهاه أحدهم حرم ذلك».

و فى المسالك «و مما يدخل فى المنع من التصرف فى المرفوعه بغير إذن أهلها المرور فيها و الوجه فيه ما تقدم من الملك، و الأقوى الإكتفاء فيه بشاهد الحال، فلو منع أحدهم حرم، أما الجلوس فيها و إدخال الدواب إليها و نحو ذلك فلا، الا مع اذن الجميع، لأصاله حرمه مال الغير بغير اذنه، و انتفاء شاهد الحال فيه غالبا، نعم لو كان الجلوس خفيفا غير مضر تناوله بشاهد الحال» و كذا الفاضل فى التذكره، و يمكن أن يريدوا بشاهد الحال تلك الإذن الشرعيه، و ظاهرهم الحرمه بمنع أحد منهم، و ان أذن له من أراد دخوله اليه، بل و ان كان أضيافه و أتباعه، بل مقتضى ذلك أن لبعضهم منع الآخر أيضا الى غير ذلك من الأحكام المترتبه على الشركه الحقيقيه المعلومه بالسيره خلافها، و الله العالم.

و كذا لا- يجوز لغير أهلها بل و أهلها أيضا لكن على التفصيل الآتى لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه بلا خلاف أجده فيه دفعا للشبهه الحاصله منه على ممر

الأزمان، فإنه اماره على استحقاق الاستطراق، و بذلك فرق بينه و بين رفع الجدار الجائز له قطعا الذى لا اماره فيه. لكن قد يقال: ان ذلك كذلك، الا أنه لا دليل على جواز منعه بذلك، لإمكان التحرز عن ضرر هذه الشبهه بالطرق المعده لمثل ذلك، و ليس كل ضرر يكون على الغير بالتصرف فى الملك يجب تركه.

و من هنا لا- خلاف فى أنه يجوز فتح الروزان و الشبابيك إليها، بل الى دار الجار للاستضاءه بها أو لغيره مما لا يحرم عليه مع عدم الإذن، بل مع النهى، لعموم (۱)

«تسلط الناس على أموالها»

نعم للجار، وضع شى ء فى ملكه يمنع الاشراف عليه و ان منع الضوء.

و كيف كان ف مع إذنهم فى كل ما عرفت منعه فلا إشكال فى الجواز و لا اعتراض لغيرهم الخارج عنهم، فإنه لا حق له، و لكن الظاهر كون ذلك كالعاريه يجوز لكل الرجوع عن ذلك، بل تبطل بالموت و الخروج عن التكليف بالجنون و الإغماء و نحوهما.

نعم فى التذكره «له الأرش للسببيه فى إتلاف المال على اشكال» و لعله لإمكان منع التسبيب بعد فرض كونها عاريه من حكمها جواز الرجوع بها، اللهم الا أن يقال:

انه لم يعلم جواز الرجوع بها مجانا، لقاعده الضرر.

و لو صالح من له حق من هم على احداث روشن مثلا قيل: و القائل الشيخ لا يجوز لانه لا يصح افراد الهواء بالبيع و الصلح فرعه و فيه تردد بل منع إذ المقدمتان ممنوعتان، للعمومات خصوصا عمومات الصلح المقتضيه جوازه، و ان قلنا بعدم أفراده فى البيع.

لكن فى الدروس «أما لو صالحوا على ذلك بعوض فإنه لازم مع تعيين المده و ان كان بغير عوض بنى على أصاله الصلح أو فرعيته للعاريه» و فى التذكره «لو صالح واضع الروشن أو الجناح أو الساباط أرباب الدرب و أصحاب السكه على وضعه جاز على الأظهر عندنا، لكن الأولى اشتراط زمان معين» و فيه: منع اعتبار المده فى

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبعه الحديثه.

الصـلح عنه المراد به نقله نفسه اليه، نعم لا إشـكال فى اعتبارها لو أريـد منه القائم مقام الإجاره مثلا، و لو فرض الاذن منهم على إنشـاء التمليك له مجانا أو بعوض ملكه و لكل حكمه ضـروره كون الفضاء ملكا كسائر الأملاک فيجرى عليه جميع أحكامها. و الله العالم.

و لو كان للإنسان داران مثلا باب كل واحده منهما الى زقاق غير نافذ، جاز أن يفتح بينهما بابا فضـلا عن النافذين، بل يجوز فتح باب ذات الشارع الى ذات السـكه، فضـلا عن العكس، كل ذلک للأصل و قاعده التسلط و أولويته من رفع الجدار الحائل بينهما و جعلهما واحده الجائز له إجماعا فى جامع المقاصد و قولا واحدا فى التذكره.

فمـا عن بعض العـامه- من عـدم الجواز لأـنه يثبت له حق الاسـتطراق فى درب مملوک لـدار لا حق لها فيه، و لأنه ربما ادى الى إثبـات الشـفعه لو بيعت بعض دور احـدى الطريقين بسـبب الاشتراک فى الطريق لكل واحـد من الـدارين فى زقاق الأخرى على تقـدير القول بثبوتهـا بـذلک و مع الكثره- فيه: أن فتـح الباب لا يوجب حقا للـدار فى الطريق الأخر، و انما أباح الانتقال من داره الى داره الأخرى، و متى صار فيها استحق المرور فى طريقها تبعا للكون الثانى و الـدار التى هو فيها لا للأولى، و حينئذ فكل دار على ما كانت عليه من استحقاق الشفعه بالشركه فى الطريق، و لا يتعدى الى الأخرى، و ان جاز الاستطراق.

لكن قـد يقـال: ان الفتـح المزبـور و ان لم يفـد الحق المـذكور، الاـ أنه يـورث شـبهه فى الاسـتحقاق نحـو البـاب المفتـوح لغير الاسـتطراق الذى قد سمعت تصريحهم بالمنع منه، اللهم الا ان يمنع دلالتها على ذلک، بخلاف فتح الباب فى الطريق، و على كل حال فما فى الـدروس عن ظاهر الشـيخ من اشتراک أهل الزقاقين فى الدرب من الجانبين، فتبطل حينئذ شـفعه كل منهما بالكثره، أو تثبت بنـاء على ثبوتهـا معهـا لاـ وجه له، مع فرض كون المراد من أهـل الزقـاقين- أى ذيهمـا- مـا يشـمل من فتـح بابا لـداريه المتلاصقين اللتين لكل منهما زقاق، لما عرفت من عدم اقتضاء فتح الباب ذلک.

نعم لو كـانت دار واحـده لهـا طريقـان للزقـاقين، اتجه حينئـذ مـا ذكره، و تثبت الشـفعه له و لهم- مع فرض تحققهـا مع الكثره و الشركه فى الطريق، فقد يكون لكل من أهل الزقاقين الشفعه فى الدار ذاتها إذا بيعت مع الطريقين.

و لعله الى ذلک أشار فى القواعد بقوله «و لذى الدارين المتلاصقين، فى دربين مرفوعين فتح باب بينهما، و فى استحقاق الشفعه حينئذ نظر، و ان أكثر فى جامع المقاصد فى الاحتمالات فيها» و الله العالم.

و لو أحـدث الأـجنبى أو بعض أهلها فى الطريق المرفوع حـدثا على غير الوجه الشـرعى جاز ازالته لكل من له عليه اسـتطراق من غير فرق بين المضـر و غيره، و بين كونه فى الهواء كالروشن أو فى الأرض كالدكه، و لا بين وقوعه باذن بعضـهم و عدمه، بل لو بقى واحد بغير اذن كان له الإزاله، بل و للآذن ذلک أيضا، لقاعده التسلط. و اذن بعض الشركاء لا تجدى فى المال المشترک.

و لو كان فى زقاق بابان مثلا أحـدهما أدخل من الأخر، فصاحب الأول يشارک الأخر فى مجازه، و ينفرد الأدخل بما بين البابين على المشـهور بين الأصـحاب كمـا فى المسالـک، لأن المقتضـى لاسـتحقاق كل واحـد هو الاسـتطراق و نهايته بابه فلا يشارک الـداخل، بخلافه، و قيل: يشترک الجميع فى الجميع حتى فى الفضـله الـداخله فى صـدرها: أى أسـفلها، لاحتياجه الى ذلک عند ازدحـام الأحمـال و وضع الأثقـال، و لأـن اقتصـار تصـرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه أمر بعيـد، بل متعسـر و المتعارف الاحتيـاج إلى أزيـد من ذلـک، و لظهور اتحـاد جميع أهـل الـدربيه فى اليـد عليهـا أجمع حتى الفضـله التى تكون فيهـا، فـالقول بالاقتصار على ما حاذى الباب غير جيد.

و لعله لذا قوى فى الدروس الاشتراک فى الجميع، كما ستسـمعه إنشاء الله و عليه يتضح الوجه فى الحكم باشتراک الفضله بينهما فيمـا لو كـان فى الزقاق فاضل الى صـدرها أى أسـفلها و تـداعياه أو لم يتـداعياه فهما إذن فيه سواء لما عرفت من كونه جزء من الطريق الذى يدهم جميعا عليه بالاستطراق، و غيره من

وجوه الارتفاق على وجه لا أولويه لأحد منهما على الآخر.

و احتياج الداخل الى استطراق ما بين البابين للدخول الى داره لا يقتضى اختصاصه بذلك، بعد ما عرفت من مشاركه غيره فى الارتفاق به، و ان لم يحتج إليه فى الاستطراق الى داره.

و حينئذ فلا وجه لإشكال ذلک- بتوقف الانتفاع بالفضله على استحقاق السلوک إليها، فإذا لم يكن للخارج حق السلوک لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل-، و لا الى دفعه بأن ثبوت ملک شى ء لا يتوقف على مسلک له، و مع ذلک فيمكن دخول الخارج إليها، بشاهد الحال، كسلوک غيره ممن لا حق له فى تلک الطريق، فمع فرض اشتراكهم فى اليد عليها حكم باشتراكها فيما بينهم، و لا يرد مثله فى المسلک بين البابين- حيث لا يجوز للخارج دخوله بذلک، لأن الداخل له عليه يد بالسلوک المستمر عليه الذى لا يتم الانتفاع بداره الا به، بخلاف الفضله فإن يدهم فيها سواء، إذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق و هو مشترک- إذ هو كما ترى، بعد ما عرفت من أن يد الداخل على ما بين البابين لا تنافى يد غيره أيضا عليه بالسلوک فيه للفضله أو لغيرها من مقامات الارتفاق.

فالتحقيق حينئذ بناء ذلک على اشتراک الجميع فى الجميع الذى قواه فى الدروس، و يؤيده ظهور اتحاد كيفيه احياء الطريق المرفوع و الطريق العام، فكما أن اتخاذ جمله من المسلمين طريقا على جهه العموم يفيد الحق للمسلمين كافه، حتى لمن لم يستطرقه منهم، لأنه وقع ممن وقع بعنوان الجميع، كذلک الطريق الخاص الذى اتخذ طريقا الى دورهم على جهه الاشتراک بينهم فى سائر وجوه الارتفاق التى منها الاستطراق الى الدار، فكل منهم قد اتخذه لجميعهم على هذا الوجه، و لذا كان بينهم أجمع على الشركه.

و من ذلک يعلم النظر فيما ذكره المصنف و غيره من متأخرى الأصحاب من أنه يجوز للداخل أن يقدم بابه الى الخارج و كذا الخارج يجوز أن يقدم بابه و لكن لا يجوز ل ه أى ل لخارج أن يدخل بابه الى

أسفل و كذا الداخل بالنسبه إلى الأدخل الذى هو خارج فى القياس إليه، فإن ذلك كله مبنى على اختصاص كل داخل عن الخارج بما دخل عنه، و مشاركته فيما خرج، فيجوز للداخل إخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له فى جميع الطريق الى بابه، فكل ما خرج عنه له فيه حق.

و له حق التصرف فى جداره برفعه أجمع، فبعضه أولى، بل مقتضى إطلاق المتن و غيره عدم الفرق بين سد الباب الأول و عدمه، بل و صرح به بعضهم، و ان توقف فيه آخر، باعتبار اقتضاء ذلك تعدد حق الاستطراق الى الدار، لكنه فى غير محله، بخلاف الخارج، فإنه لا حق له فى الاستطراق إلى أزيد من بابه، فليس حينئذ أن يدخلها، و ان كان ربما أشكل ذلك بأنه قد كان له فى السابق فتح بابه من أى جهه شاء من جداره، بل له رفع الجدار أجمع، فلا وجه لعدم جواز إدخال بابه، لكن قد يدفع بأنه و ان كان له ذلك قبل ذلك الا أنه تشخص حقه بالباب التى استطرقها، فله حينئذ الاستطراق من أى جهه شاء من جداره، منتهيا الى تلك الباب دون الأدخل منها، و رفع الجدار كله لا يقتضى ثبوت حق الاستطراق له من أى جهه منه بل بناء على انتهاء اختصاصه الى بابه، يكون كذلك بعد رفع الجدار أيضا.

نعم ذلك كله مبنى على الاختصاص و الاشتراك المزبورين، أما بناء على ما ذكرناه من اشتراك الجميع فى الجميع فالمتجه حينئذ تساوى الإخراج و الإدخال من كل منهم فى الجواز و عدمه، لتساوى الجميع فى الاستحقاق.

و قد يقوى الجواز بالنسبه إلى الاستطراق الذى بناء الشركه على عدم معارضه أحدهم الأخر فيه، فيختر فى فتح بابه من أى جهه شاء من جداره، خارجا عن بابه الأول أو داخلا، بل مع سد الأولى و عدمه، لأن له حق الاستطراق متحدا أو متعددا من أى جهه شاء.

نعم ليس لأحدهم إخراج روشن أو جناح أو ساباط بدون إذن جميعهم، لخروجه عن الاستطراق الذى وضع الاشتراك فيه، على ما عرفت، نعم لو قلنا باختصاص الداخل بما بين البابين، اتجه حينئذ عدم اعتبار اذنه فى الجناح و الروشن و الساباط و نحوها

لعدم الحق له حينئذ، و انما يتوقف على اذن غيره ممن هو أدخل بابا ان كان، و الا لم يحتج إلى إذن أصلا.

قال فى الدروس: «و لو كان فى أسفل الدرب فضله فهم مستوون فيها لارتفاقهم بها، و قال متأخرو الأصحاب ان ذا الباب الخارج انما يشارك الى موضع بابه، ثم لا مشاركه حتى ان الداخل ينفرد بما بقى، و يحتمل التشارك فى الجميع كالفضله لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الأحمال، و وضع الأثقال، فعلى الأول ليس للخارج حق فى المنع من الروشن و شبهه فيما هو أدخل منه، و يكفى اذن من له فيه حق، و على الثانى لا بد من اذن الباقين، و هو عندى قوى» و هو كما ذكرنا. و كذا ما فيها أيضا درس فى الجدار.

اما الخاص فلمالكه التصرف فيه بما شاء من فتح كوه للاستضاءه و وضع الجذوع و غير ذلك حتى رفعه من البين، و يتخرج من هذا جواز إدخال الباب من غير اذن الجار فى المرفوعه نعم ما ذكره سابقا يخالفه فى الجمله، و إن كان قد يشهد له فى الجمله خبر الدعائم(۱).

قال: «و أما السكه المرفوعه أى المنسده الأسفل، فلا يجوز احداث روشن و لا جناح فيها إلا بإذن جميع أهلها، سواء كان فى أسفلها أو أعلاها، و لا فتح باب أدخل من بابه، سد بابه أو لا، و يجوز له إخراج بابه و ان لم يسد الأولى على قول، و لو أذن أهل الأسفل فى إدخال الباب فهل لأهل الأعلى المنع، فيه اشكال، من عدم استطراقهم، و من الاحتياج اليه عند ازدحام الدواب و الناس، و هو أقوى».

إذ قد عرفت أنه بناء على الاشتراك يتجه له الجواز فى الباب، بناء على ما سمعت من عدم حق لأحدهم فى المعارضه فيه، لبناء مثل هذه الشركه على ذلك، و انما هو كذلك بالنسبه إلى الروشن و الجناح و غيرهما، أما الفضله، فيمكن أن تكون كذلك أيضا، فلكل منهم إخراج بابه منها من غير حاجه الى إذن الأخر، بل مع منعه لكونها جزء من الطريق الذى قد عرفت أصل وضعه لذلك، و يمكن عدم

۱- ۱ الدعائم ج ۲ ص ۵۰۵ الطبعه الثانيه بمصر.

الجواز إلا بإذن الجميع، لعدم اعدادها للاستطراق و ان انتفعوا بها فى غيره اما الروشن و الجناح إليها فلا إشكال فى الحاجه إلى اذن الجميع.

و بذلك كله بان أن إطلاق الأصحاب سابقا- ان الطريق المرفوع ملك لأربابه، و أنه لا يجوز لأحد منهم أو من غيرهم إخراج روشن أو جناح أو ساباط أو فتح باب و لو للاستضاءه- غير مراد منه ظاهره على جهه العموم، بل هو على الإهمال و إلا لنافاه ما سمعته من كثير منهم ممن صرحوا بكيفيه اشتراكه، و بالفرق بين الداخل و الخارج بالنسبه إلى فتح الباب و غيره، و ان كان هو على مختارنا أليق منه على غيره، فما وقع لبعضهم من الإشكال فى ذلك حتى ظن التدافع بين كلماتهم فى غير محله، هذا.

و قد بان لك أيضا مما تقدم سابقا أنه لو أخرج بعض أهل الدرب النافذ روشنا مثلا غير مضر بالماره لم يكن لمقابله و لا لغيره معارضته و لو استوعب عرض الدرب ما لم يضع منه شيئا على جداره، للأصل و السيره المستمره على معاملته معامله المباح من غير اختصاص لأهل الدور فى شى ء منه، من غير فرق بين ما قابله منهم و عدمه.

بل صرح غير واحد منهم الفاضل و الشهيدان بأنه لو سقط ذلك الروشن فسبق جاره الى عمل روشن لم يكن للأول منعه، لأنهما فيه شرع، كالسبق الى القعود فى المسجد فقام منه و لم يملك الأول الموضع بوضع الروشن فيه، و انما اكتسب أولويه سبقه اليه، فإذا زال أثره زالت كالقعود فى المسجد و السوق، بل لو فرض أن الثانى أخرب روشن الأول لم يكن له ازاله ما وضعه الثانى و ان كان قد ضمن الأرش و اكتسب الإثم فى الإزاله، و كذا الكلام فى المسجد و شبهه.

لكن قد يناقش أولا: بصدق الغصب و استصحاب بقاء حقه، بل قد يناقش فى نحو المقام بأنه قد ملكه بالحيازه بناء على كونه مباح الأصل على ما صرح به فى الدروس، فيستمر حينئذ على ملكه، و ان زال أثره، و قد احتمل فى الدروس الملك فى نحو المقام على بعد، قال: «فرع» لو جعل المقابل روشنا تحت روشن مقابله

أو فوقه فهل للسابق منعه؟ لم أقف فيه على كلام، و قضيه الأصل عدم المنع، الا أن يقال لما ملك الروشن ملك قراره و هواءه، و هو بعيد، لأنه مأذون فى الانتفاع، و ليس ملزوما للملك».

قلت: ينبغى بناء المسئله على أن الطريق المحيى بالاستطراق يكون ملكا لمن أحياه هو مع هواه، فأرض الطريق حينئذ و ما تحتها و هواها ملك للمسلمين، الا أنه جرت السيره و الطريقه على تصرفهم فيه بما لا ضرر فيه على مارتهم، و حينئذ فلا يملك ذو الروشن مثلا شيئا من الهواء، بل هو على ملك المسلمين، و إنما له حق اختصاص، فإذا زال أثره زال حقه، أو أن المسلمين إنما لهم منه حق الاستطراق، فالفضاء و الأسفل باق على الإباحه الأصليه، يملكه من يحوزه، و يجرى عليه حينئذ حكم ذلك، لم أعثر على تحرير لهم فى ذلك، و الذى ذكرناه سابقا الأول. و قلنا: إن حاله كحال الطريق الخاص فى الكيفيه، بل هو الموافق لقاعده «من ملك أرضا ملك هواها و قرارها إلى عنان السماء و تخوم الأرض» و لا ريب فى ملك المسلمين نفس أرض الطريق بالاستطراق فيتبعها ذلك، و حينئذ فالمتجه أن للسابق حق اختصاص سبقه فمتى زال أثره زال حقه و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا التمس وضع جذوعه مثلا على حائط جاره لم يجب على الجار إجابته]

المسأله الثانيه: إذا التمس وضع جذوعه مثلا على حائط جاره، لم يجب على الجار اجابته، و لو كان خشبه واحده عندنا للأصل، بل الأصول كما لا يجوز له الوضع بدونها، ل

قوله صلى الله عليه و آله (١)«لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه»

و لقاعده عدم التصرف فى مال الغير بغير اذنه، فما عن أحمد، و مالك، بل و الشافعى فى القديم و ان كان مع شروط ثلاثه- عدم احتياج مالك الجدار الى وضع الجذع عليه و أن لا يزيد الجار فى رفع الجدار، و لا يبنى عليه أزجا و لا يضع عليه ما لا يحمله و يضر به و انحصار الحاجه فى الرابع. لأنه مالك للجوانب الثلاث، أما إذا كان الكل للغير لم يضع الجذوع عليها قولا واحدا من أن له الوضع بدونها بل يجبر مع الامتناع، ل

خبر

١- ١ الوسائل الباب ٣ من أبواب مكان المصلى الحديث ١- ٣.

أبی هریره(۱)عنه صلی الله علیه و آله «لا یمنع أحدکم جاره أن یضع خشبه علی جداره»

واضح الفساد ضروره وجوب طرح مثل هذا الخبر المعارض لأصول المذهب و قواعده.

لکن یستحب اجابته، لما ورد من الحث علی قضاء الحوائج، و التوصیه بالجار، بل یمکن الحکم بکراهیه المنع، للخبر المزبور و لغیره، و حینئذ ف لو أذن جاز الرجوع قبل الوضع إجماعا بقسمیه، للأصل و غیره، بل ظاهرهم ذلک، و ان استلزم ضررا علیه، بفعل المقدمات من بناء و غیره.

و بعد الوضع المستلزم نقضه للضرر لا یجوز الرجوع عند الشیخ و من تبعه لأن المراد به للمستعیر و المعیر التأبید فهو حینئذ کالعاریه للدفن و للضرر الحاصل بالنقض حیث یفضی الی خراب ملک المأذون.

و لکن مع ذلک فالقول ب الجواز حسن مع الضمان بل هو خیره الفاضل و الکرکی، و ثانی الشهیدین، لأنه عاریه، و من لوازمها جواز الرجوع الذی هو مقتضی الاستصحاب و قاعده تسلط الناس و غیر ذلک. و الإلحاق بالدفن قیاس مع الفارق لتحریم النبش، و کذا العاریه للرهن، المقتضی لتعلق حق الغیر به علی وجه یقتضی اللزوم من طرف الراهن، بخلاف ما هنا، فإنه لا حرمه علی المالک فی خراب ملکه، الا أنه نسبه فی الدروس إلی القیل، مشعرا بتمریضه، و احتمل المنع من النقض، بل کأنه مال الیه، قال: «و لو أسعفه فوضع قیل: جاز له الرجوع، لأنه اعاره، و یحتمل المنع من النقض، للضرر الحاصل به، فإنه یؤدی الی خراب ملک المستعیر نعم یکون له الأجره فیها بعد الرجوع».

و فی المبسوط «لا رجوع حتی یخرب، لأن البناء للتأبید و للضرر، و لو قلنا بالرجوع ففی غرمه الأرش وجهان، من استناد التفریط الی المستعیر، و من لحوق ضرره بفعل غیره».

قلت: الأصل فی هذه المسأله ما حکاه فی التذکره عن الشافعیه، و محصله خمسه وجوه:

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۶ ص ۶۸.

أحدها أن له الرجوع و يتخير بين البقاء بالأجره و القلع بالأرش، قال فيها:

و هو أظهر قوليها.

و الثانی: أن لـه الرجـوع و القلـع بالأـرش، و أمـا البقـاء بالأـجره فمتوقـف على رضاهمـا بـذلك، و هـو خيره ثـانى الشـهيدين و المحققين، و استحسنه فی المتن.

الثالث: أن له الرجوع و لا يجوز له النقض، و انما له الأجره خاصه، و مال اليه الشهيد فی الدروس.

الرابع: أن له الرجوع و القلع مجانا.

الخـامس: أن ليس له الرجوع، بمعنى أنه لاـ يسـتفيد به جواز قلع و لاـ اجره، و هو الـذى اختـاره الشـيخ و من تبعه، بـل هو ظـاهر المصنف.

و لاـ ريب فی قوه الرابع بناء على أن له الرجوع، ضـروره كون المنشأ فی ذلك على تقـدير القول به أن حكم هـذه العاريه حكم غيرهـا من العوارى التی يعتبر فی بقائهـا اسـتدامه الإذن، فمع فرض انقطاعها يبطل حكمها، فيبقى وضع بلا اذن، و الضـرر اللاحق بـالقلع انما يجى ء من خطاب الشارع له بتخليص ملك الغير و رفعه عنه، و بـذلك لا يعـد كون المعير متلفا لا مباشـره و لا تسبيبا كى يتجه ضـمانه الأرش، خصوصا بعد اقدام المستعير على الوضع بالاذن المفروض جواز الرجوع فيها، فلا غرور منه، بل وجوب الأرش إنما يتجه مع فرض ثبوت حق للمستعير فی البقاء الذى قد فرض عدمه، باعتبار ارتفاع استمرار الإذن الذى هو السبب فيه.

و منه يعلم مـا فی القـول بـأن له الرجـوع، و لكن لاـ يجوز له النقض، و انمـا له الأـجره، فـإنه لاـ حق له بعـد فرض انقطـاع الاـذن المفروض أن دوامها هو السـبب فی البقاء، فلا حق له حينئـذ فيه، كی يجب على المسـتعير مراعاته، و قاعـده الضـرر قد عرفت ما فيها، على أن الضـرر الحاصل على الغير بسبب تفريغ الملك المخاطب به شرعا لا دليل على الضمان به بل الأصل يقتضى عدمه، و الا لاتجه الضمان بالرجوع قبل الوضع مع فرض حصول الضرر بفعل المقدمات من بناء و نحوه، فلا محيص عن المجانبه حينئذ مع فرض أن له الرجوع.

نعم قد يتجه ما ذكره الشيخ من عدم جواز الرجوع باعتبار أن العاريه المبنيه على الدوام سببها ابتداء و استدامه انما هو الإذن الأولى التى لا يتصور فيها رجوع بعد صدورها، بل يكون حينئذ الرجوع فيها كالرجوع بالإذن فيما مضى من العاريه.

و هذا معنى قول الشيخ «لأن المراد الدوام و التأبيد» و محصله أن عاريه الدوام عرفا هكذا، و قد شرعها الشارع بشرعه للعاريه على هذا الوجه، و هو معنا لا ينافى كون العاريه من العقود الجائزه المعلوم اراده ما كان استمرار الإذن فيها المقتضى للبقاء، لا ما كان فيها عله الدوام و الابتداء واحده، و هى الإذن الأولى التى لا يتصور فيها رجوع.

و لعل من ذلک العاريه للدفن، لا لأن النبش محرم فإن حرمه النبش لا تنافى جواز الرجوع المقتضى لتعين الأجره حينئذ، و كذا اعاره المكان للصلاه التى يحرم الابطال على الداخل بها. كما أن من ذلک يتجه حينئذ عدم انفساخها بالإغماء أو الجنون للمعير، أو المستعير، بل و الموت و انتقال الدار الى وارث، أو مشتر آخر و نحو ذلک الذى لا يخفى ما فى دعوى التزام الانفساخ بذلک كله، و خصوصا مع دعوى وجوب الأرش أو الأجره حينئذ، أو الإذن الجديده من المعير، فإن دعوى وجوب الأرش على المعير بانفساخ العاريه بجنون المستعير مثلا ان لم يأذن جديدا مما لا يلتزمها من له أدنى رائحه فى الفقه.

بل قد يقال: ان قاعده الضرر و حرمه تضييع المال و نحو ذلک يقتضى لزوم العاريه على المعير، باعتبار أنه بإذنه فى ذلک يترتب الخطاب الشرعى، و هو حرمه الإضرار و حرمه تضييع المال و نحو ذلک، مثل العاريه للرهن الذى تعلق به حق الغير، و اندرج تحت ما دل على لزوم الرهن الذى لا يعارضه جواز الرجوع بالعاريه من حيث نفسها إلا إذا قارنها أمر آخر خارج عنها، و كالإذن بالدخول فى الصلاه الذى يترتب عليه حرمه الإبطال فتأمل جيدا فإنه تحقيق و تدقيق.

ثم ان الأرش على تقدير وجوبه فهل هو نقص آلات الوضع بالهدم؟ أو تفاوت ما بين العامر و الخراب؟ وجهان: ينشئان من كونه بهيئته حقا لبانيه، فجبره بتفاوت

ما بين كونه عامرا و خرابا، لأن ذلك هو نقص الماليه، و من أن نقص هذه الماليه مستند الى ملك صاحب الجدار، فلا يضمنه، انما يضمن مال الغير الذى كان سبب إتلافه و فواته.

و لكن لا يخفى عليك قوه الأول، لأن جميعه مال للواضع، غايته كونه موضوعا على ملك الغير، و ذلك الملك انما أثر جواز النقض، لا المشاركه فى الماليه، بل قد يقال:

ان المتجه ضمانه أيضا كل ضرر يحدث فى ملك المالك، بسبب النقض المزبور فتأمل و الله العالم.

هذا كله فى الرجوع قبل انتهاء أمده، أما لو انتهى ف انهدم، لم يعد الطرح إلا بإذن مستأنف لانقطاع حكم الإذن الأولى بانقطاع زمان المأذون فيه الذى قد اقتضاه الاذن فيه، و لكن فيه قول آخر محكى عن الشيخ فى المبسوط، و هو أنه ان أعاده بالهيئه الأولى لم يكن له منعه، من رد الخشب و السقف عليه، و ان أعاده بغيرها كان له منعه و فيه ما لا يخفى من انقضاء مقتضى الإذن الأولى فليس له العود بدون الجديده، فضلا عما لو منع.

و دعوى- أن الإذن الأولى قد اقتضت الدوام على الوجه المزبور، بمعنى كونها فى صنف الوضع و ان تعددت أشخاصه- واضحه المنع، بل مع فرض التصريح بها لا يثبت ذلك، و ان قلنا بأن عاريه الدوام لازمه، لكن بمعنى أنها بالنسبه الى ذلك الشخص، لا الصنف، و كذا العاريه للغرس و البناء و نحوهما.

نعم لو فرض انهدامه بهدم هادم لا بانتهاء عمره، أمكن تخريجه على مذهب الشيخ، كما انه يمكن ان يكون كلامه فى غير ما نحن فيه، من انه واضع الجذوع الذى لا يعلم كيفيته يحكم باستحقاقه ذلك، حتى يعلم كونه عاريه، ضروره ظهور تصرفه فى استحقاقه ذلك، فيتجه حينئذ وجوب بناء الجدار على المالك لو فرض انهدامه مقدمه لحصول حق الوضع، هذا.

و لكن فى المسالك بعد ان ذكر خلاف الشيخ قال: «و كثير من الأصحاب لم يذكروا هنا خلافا» و يمكن ان يكون سببه ان الشيخ ذكر أولا فى الكتاب انه لو

انهدم الحائط أو هدمه المستعير لم يكن له الإعاده إلا بإذن مستأنف، و لم يتردد فی ذلک فأطرحوا قوله الآخر، و هو قول لبعض الشافعیه، کما ان القول الآخر لهم، فجمع الشیخ بین الحکمین المختلفین عن قرب و الله العالم.

و لو صالحه علی الوضع ابتداء جاز بعد ان یذکر عدد الخشب و وزنها و طولها أو یشاهدها، و لو لکون الصلح فی أثناء الوضع للاختلاف فی ذلک، بل ذکر غیر واحد أنه لا بد مع ذلک من ذکر المده المضبوطه، لکونه حینئذ هنا کالإجاره و فیه: منع اعتبارها، لعموم الصلح، فیصح حینئذ بقصد الدوام، بل یمکن ان یرید من اعتبرها ما یشمل قید الدوام، خصوصا بعد تصریحه بذلک فی الصلح علی السقی، بل قد یقال:

بعدم الحاجه الی معرفه طول الخشب و وزنه و عدده، لما عرفت من عدم ثبوت مانعیه ما عدا الإبهام من الجهاله فیه، و المرجع حینئذ فی ذلک الی ما یحتمله مثل الحائط المزبور کما ان ذلک هو المرجع فی الأجر و اللبن، بل و کذا لو کان الصلح علی بناء زیاده علی حائطه، فلا یفتقر الی ذکر الطول و سمک اللبن، خلافا لبعضهم فأوجبه، لاختلاف الضرر باختلافهما، و فیه أنه لا دلیل علی مانعیه مثل ذلک هذا کله فی الموضع علی حائط مملوک.

أما لو کان موقوفا بحیث لا یکون له مالک مخصوص کالمسجد و شبهه، لم یجز لأحد البناء علیه، و لا الوضع بغیر إذن الحاکم قطعا، و لیس له الاذن بغیر عوض قطعا أیضا، أما معه و فرض المصلحه ففیه وجهان: أجودهما فی المسالک العدم، و قواه فی الدروس، لأنه تصرف فی الوقف بغیر ما وضع له، و لأنه یثمر شبهه.

و لکن الانصاف عدم خلو الأول عن قوه، و لو کان الوقف خاصه جاز للناظر أو الحاکم مع ملاحظه مصلحه البطون، فیمضی حینئذ علیهم، و لیس لأهل البطن الأول ذلک، لما فیه من الضرر علی البطون المتأخره الذی لا یندفع بعدم إجازتهم فیما بعد کما هو واضح.

[المسأله الثالثه لو تداعیا جدارا و لا بینه فمن حلف علیه مع نکول صاحبه قضی له]

المسأله الثالثه لو تداعیا جدارا بین ملکیهما مطلقا لیس لأحدهما

يد اختصاص عليه و لا بينه حلف كل واحد منهما لصاحبه على ما تقتضيه يده من النصف، فإن نكل أحدهما كان الجميع للآخر ان قلنا يقضى بالنكول، و الا حلف، و صار الجميع له، و ان نكل هو أيضا ففى التذكره هو أى النصف لهما، و فى أحد وجهى الشافعى أنه يحلف كل واحد منهما على الجميع، لأنه الذى ادعاه.

قال فى التذكره: «و عليه فإذا حلف الحاكم أحدهما عليه لم يمنع ذلك حلف الآخر عليه أيضا فإذا حلف قسم الجدار بينهما، لعدم الأولويه، فإن نكل الآخر بعد حلف الأول على الجميع حكم للمخالف به من غير يمين أخرى، و لو حلف الثانى على النصف بعد أمر الحاكم له على الحلف بالجميع، ففى الاعتداد بهذا اليمين و عدمه وجهان: و على الأول يكون النصف بينهما، مع احتمال أنه للثانى خاصه و إن قال فى جواب الحاكم قبل الحلف انى لا أحلف إلا على النصف كان فى الحقيقه مدعيا للنصف فقول المصنف فمن حلف عليه مع نكول صاحبه، قضى له ظاهر فى موافقه الشافعى، اللهم الا أن يريد أنه مع النكول يحلف يمينا واحده على الجميع، قائمه مقام اليمين المردوده و يمين الإنكار. لكنه كما ترى أيضا.

و على كل حال ف ان حلفا أو نكلا قضى به بينهما لعدم الترجيح و أس الجدار يتبع من يكون الجدار له، اختصاصا أو اشتراكا فلو تنازعا فيهما حينئذ و أقام أحدهما بينه بالجدار فهو ذو يد فى الأس و كذا الشجره مع المغرس، و ذلک لأن كون الجدار حائلا بين الملكين اماره على اشتراک اليد، و لا دلاله على اشتراكهما فى الأس و المغرس، فإذا ثبت الجدار لأحدهما اختصت به.

و كيف كان فهذا كله إذا لم يكن لأحدهما يد اختصاص أما لو فرضت بأن كان متصلا ببناء أحدهما اتصال ترصيف بتداخل الأحجار و اللبن فيه، و فى حائطه المختص به، كما يظهر ذلک فى الزوايا على وجه دال على أنه جدار واحد، أو كان لأحدهما عليه قبه أو ستره على وجه يكونان من الجدار نفسه كما صرح به فى التذكره أو نحو ذلک دون الآخر كان القول قوله بيمينه مع فقد البينه، لصيرورته بذلک صاحب يد.

نعم لو اتصل بهما معا كـذلك، أو كان البناء لهما أو اختص أحـدهما بصـفه و الأخر بالأخرى فاليـد لهما، حتى لو كان لأحدهما واحده و الباقى مع الأخر، إذ لا أثر لزياده اليد فى الترجيح، فيحلفان و يقسم بينهما، كما يقسم لو نكلا الى تمام ما عرفته سابقا، و لو بنى الجـدار على جـذع داخـل طرفه فى بنـاء أحـدهما ففى التـذكره «كان بـذلك صاحب يـد» و نظر فيه فى الـدروس من أنه كالأس أو كالجزء قال:

«و لو اتفقـا على ملكيه الجـذع لصـاحب الجـدار المولـج فيه فاحتمال اختصاصه أقوى» و ظاهره قوه الاختصاص فى الأول، و لعله كذلك، ضروره ظهور الفرق بينه و بين الأس بكون الخشبه شيئا واحدا بخلاف الأس، فإنه أجزاء متعدده باعتبار تعدد آلاته و الله العالم.

و لو كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع، قيل: و القائل الشيخ لا يقضى بها لجريان العاده بالتسامح للجار فى ذلك، بل قد سمعت أن مالكا و أحمـد لا يجوزا منعه، للخبر المزبور(۱)و لـدلاله كونه بين ملكيهما على ثبوت اليـد لهما، فوضع الجذوع من أحدهما مزيـد انتفـاع، كاختصـاص أحـد الشـريكين الساكنين بزياده الأمتعه، بل قـد سـمعت أن زياده التصـرف لا يقتضـى الترجيـح، بعد الاشتراك بما يقتضى كون اليد لهما.

و قيل: يقضى بها لذيها مع اليمين و هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده، لأنه تصرف دال على الاختصاص بالملكيه على وجه لا يعارضه التسامـح المزبور ما لم يعلم، و لمنع دلاله كونه بين ملكيهما على اليـد إذا لم ينضم اليه تصـرف بوجه من الوجوه السابقه كما فى المسالك.

قال: «و حينئـذ فوضع الجذع يفيد اليد للواضع، و يبقى الأخر، خاليا، و يكون حكمه حكم ما سلف من المرجحات، و لو جامعها اعتبر ما فصلناه» و فيه:

أنه لا إشكال فى كونه يدا لهما، كما اعترف به هو سابقا، و لذا لو ادعاهما به أجنبى كان القول قولهما بيمينهما.

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۶ ص ۶۸.

نعم هی ید لا تعارض ما یدل علیه الوضع عاده من الاختصاص إذا کان الوضع علی وجه ظاهر فی کونه فی أصل بناء الجدار فلا یـد اشتراک معه کغیره من المرجحـات السـابقه التی هی علامـه علی اختصـاص الجـدار فی نفسه لا من حیث کونه تصـرفا، و ما قـدمناه سابقا من عـدم الفرق بین الاتحاد و التعدد انما هو فی ید الاختصاص، لا مثل هذه الید التی یعتبر فی الحکم بها لهما عدم ما یقتضی الاختصاص عاده، و یمکن ارادته ذلک.

نعم لا یرجح دعوی أحدهما بالخوارج التی فی الحیطان کالکتابه و التزیین، و الوجه الصحیح من اللبن لو بناه بانصاف اللبن، و لا الروازن و الطین لا لإمکان احـداثه له من جهه من غیر شـعور صاحب الجدار- کما فی المسالک، بل و فیها «و مثلها الدواخل فیه کالطاقـات غیر النافـذه و الروازن النافـذه لما ذکر»- إذ هو مناف لأصاله الصـحه فی تصـرف المسـلم، بل لعـدم دلالتها عاده علی الاختصاص، بحیث تقطع ید الاشتراک، إذ الروزنه و نحوها انما تصـنع غالبا لبیان الاسـتحقاق فی الجدار لا استحقاقه، و حینئذ لا فرق فی ذلـک بین احتمـال حـدوثها و عـدمه فی عـدم قطـع یـد الاـشتراک المتوقف علی وجود مـا یرجـح علیه ممـا یـدل علی الاختصاص، و لو بأماره ظنیه عرفیه کالترصیف بین الجدارین الظاهر فی أنه جدار واحد و کذا القبه و السترہ الکائنتان فی الجدار نفسه.

و الحاصل أن إماره الاختصاص تکون علی وجهین، أحـدهما: فی الجدار نفسه، و ثانیهما: فی التصـرف و لو کان طارئا، إذا کان علی وجه یقتضی الاختصاص بالمتصرف، و ان کان التصرف حادثا فتأمل.

و لو اختلفا فی خص بالضم ما یعمل من القصب شـبه الجدار حاجزا بین الملکین، قضـی لمن الیه منهما معاقد القمط بالضم أیضا جمع قماط: و هی شداد الخص من لیف أو خوص أو غیرهما عملا بالروایه و هی

صحیحه منصور ابن حازم (۱)المرویه فی الکافی و التهذیب عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن خص بین

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من کتاب الصلح الحدیث- ۱.

دارين فذكر أن عليا عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذى من قبله القمط»

و رواها أيضا

فى الكافى بسند آخر صحيح أو حسن عنه الا أنه قال: «عن حظيره»

و كذا

الصدوق، إلا أنه قال: «فزعم»

عوض «فذكر» المعتضده ب

خبر عمر بن شمر(۱)عن جابر عن أبى جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام «أنه قضى فى رجلين اختصما إليه فى خص فقال: إن الخص للذى إليه القماط»

و بالعامى (۲)«أن قوما اختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه و آله فى خص، فبعث حذيفه بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن اليه معاقد القمط، ثم رجع إلى النبى صلى الله عليه و آله فأخبره، فقال: أصبت و أحسنت»

و بفتوى المعظم من الأصحاب بل فى التذكره نسبته إلى علمائنا.

فما عن قول للشافعى من الحكم بعكس ذلك فى غير محله، و كذا ما عن أبى حنيفه من عدم الترجيح بذلك، بل و ما عن المصنف فى النافع من نحو ذلك قائلا أنها قضيه فى واقعه، فلا يتعدى الحكم، و حينئذ فحكم الخص حكم الجدار بين الملكين سيما بعد قول الباقر عليه السلام فى خبر عمر فتأمل.

نعم قد يقال: إنه لا يتعدى منها إلى سائر وجوه التراجيح، بل يقتصر عليها فى كل خص، و أما غيرها فلا بد من الترجيح بالأماره العاديه فى رفع يد الاشتراك و الله العالم.

[المسأله الرابعه لا يجوز للشريك فى الحائط التصرف فيه ببناء و لا تسقيف و لا إدخال خشبه إلا بإذن شريكه]

المسأله الرابعه لا يجوز للشريك فى الحائط التصرف فيه ببناء و لا تسقيف و لا إدخال خشبه و لا غير ذلك من التصرف إلا بإذن شريكه بلا

خلاف و لا إشكال لحرمه التصرف فى مال الغير بغير إذنه عقلا، و شرعا، من غير فرق بين المضر و غيره، بل فى التذكره «لا يجوز أخذ أقل ما يكون من ترابه لتتريب الكتاب» نعم استثنى له و لغير الاستناد إليه، و اسناد المتاع و نحوه مع فرض عدم الضرر، و كذا الجدار المختص عملا بشاهد الحال كما فى الدروس، و لأنه بمنزله الاستضاءه بسراج الغير، و الاستظلال بجداره، مع أنه

صرح فی المسالک تبعا للتذکره بحرمه ذلک أیضا مع منع المالک و الشریک، لأنه نوع تصرف بإیجاد الاعتماد علیه.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۴ من کتاب الصلح الحدیث ۲.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۶ ص ۶۷.

لکن فی الدروس هل لصاحب الجدار منع المستند و المستظل إذا کان المجلس مباحا؟

الأقرب عدم المنع مع عدم الضرر، و منه یعلم حینئذ أن الجواز للإذن الشرعیه، لا المالکیه المدلول علیها بشاهد الحال، فلا فرق حینئذ بین ملکه لمولی علیه و غیره، للسیره المستمره، إلا أن الانصاف کون المتیقن منها حال عدم التصریح بالمنع، لا مطلقا، لأن الناس مسلطون علی أموالهم و فرق واضح بین الاستناد و نحوه و بین الاستظلال و نحوه بالتصرف فی مال الغیر فی الأول بخلاف الثانی.

اللهم إلا أن یقال إن فی المنع عن ذلک و نحوه فی الجدران المشترکه بین الاملاک و فی الطریق النافذه و غیرها عسرا و حرجا علی أن الانتفاع بالفضاء المملوک مثلا لا یتم إلا بالمماسه للجدار و الامتناع عن بعضه مقدمه لیس بأولی من سقوط حرمه مثل ذلک مقدمه، جمعا بین الحقین، و لقاعده

«لا ضرر و لا ضرار».

نعم إنما یقتضی ذلک جواز المماسه لا الاستناد، و لعله یمکن الفرق بینهما إن لم یکن سیره تقتضی بجوازه حتی مع المنع، هذا و فی المسالک و موضع الخلاف ما إذا کان المجلس للمستند، و إلا لم یجز إجماعا، و کان مراده ما سمعته من الدروس من اعتبار إباحته، لا کونه ملکا له.

کما أن ذلک ربما یکون شاهدا لما ذکرناه، و إلا فلا تلازم بین حرمه المجلس و حرمه الاستناد أو اللمس، و کذا ما فیها أیضا من أنه لو بنی الشریک فی ملکه جدارا متصلا بالجدار المشترک أو المختص بحیث لا یقع ثقله علیه جاز، و لم یکن للآخر الاعتراض علیه، و لو ألقی ثقله علیه لم یجز بدون إذنه، فإنه أیضا مبنی علی ما ذکرنا.

نعم لیس له حک شی ء من آلاته حجرا کانت أو آجرا أو لبنا، و لا الکتابه علیه و لا غیر ذلک، و إن سلم من مظنه الضرر، لقاعده «حرمه التصرف فی مال الغیر» السالمه عن معارضته السیره و العسر و الحرج، و ما فی الدروس- من تعلیل حرمه ذلک بأنه تصرف فی ملک الغیر بما هو مظنه الضرر، موهما اعتبار ذلک فی الحرمه- فی غیر محله و الأمر سهل.

و لو انهدم الجدار أو استرم لم یجبر شریکه علی المشارکه فی عمارته

بلا خلاف و لا إشكال، للأصل و قاعده التسلط، بل الأقوى توقف عمارته من الشريك خاصه على إذن الآخر لذلك أيضا خلافا لبعضهم، فجوزه لانه نفع و إحسان، و حكاه فى الدروس عن الشيخ، و لعله الظاهر من قواعد الفاضل، و فيه منع اقتضاء ذلك الجواز، و آخر ففرق بين إعادته بالآله المشتركه فلا يشترط رضاه و بين إعادته بآله من عنده، فيشترط لبقائه شريكا على الأول بخلاف الثانى، و فيه ما عرفت أيضا، و فى الدروس «و لو بناه أحدهما بالآله المشتركه كان بينهما و فى توقفه على إذن الآخر مع اشتراك الأساس احتمال قوى، و لو أعاده بآله من عنده فالحائط ملكه، و التوقف على اذنه هنا أقوى» و منع الشيخ من التوقف على إذن الآخر، و له منع الآخر من الوضع عليه فى الثانيه دون الأولى نعم للشريك المطالبه بهدمه، قال الشيخ: «أو يعطيه نصف قيمه الحائط، و يضع عليه، و الخيار بين الهدم و أخذ القيمه للثانى» و فيه:

أنه، يكفى فى قوه الاحتمال الأول اشتراك الآلات، و إن لم يكن الأساس مشتركا، كما أن له المنع من الوضع أيضا مع فرض اشتراك الآلات، فما فى المسالك- تبعا لما سمعته عنها من أن له منع الشريك من وضع الخشبه مع اختصاصه بالآلات دون ما لو بناه بالمشتركه- فى غير محله أيضا اللهم إلا أن يكون الوضع مستحقا له سابقا مثلا، فيتجه حينئذ ما ذكره.

و على كل حال فقد ظهر لك عدم جواز عماره الشريك بدون الإذن مطلقا، نعم فى المسالك «على القول باعتبار إذن الشريك لو خالف و عمره فهل للشريك نقضه احتمال، من حيث تصرفه فى ملك غيره، و تغيير هيئته، و وضعه الذى كان عليه فصارت الكيفيه الثانيه كأنها مغصوبه فله إزالتها، و الأقوى العدم إن كان بناه بالاله المشتركه لأن هدمه أيضا تصرف فى مال الغير و هو الشريك الذى بنى فلا يصح كالأول، و إنما تظهر الفائده فى الإثم، و الجواز إن كان بناه بغير آلته لأنه عدوان محض، و تصرف فى أرض الغير، فيجوز تغييره».

قلت: قد تبع بذلك الفاضل فى التذكره بل صرح فيها بعدم جواز نقض من بناه أيضا، لكنه لم يصرح فى بناء الفرع تقدير اعتبار الإذن و المتجه أن له ذلك أيضا،

فإن له الامتناع من بناء الآلات المشتركه، كما اعترف به فی جامع المقاصد، و من التصرف فی أرضه مع فرض الشركه فی الأساس، فلم یكن الوضع حینئذ بحق فهو ظالم لا حق لعرقه، فله الإزاله بلا أرش.

نعم لو قلنا بحرمه ذلک علیه اتجه حینئذ إلزامه به، كما لو هدمه ابتداء هذا و فی المسالک أیضا «أنه حیث یتوقف البناء علی إذن الشریک و یمتنع یرجع أمره إلی الحاكم لیجبره علی المساعده أو الإذن، فإن امتنع أذن الحاكم، و هل له الإذن فیه بأجره یرجع بها علی الشریک أو مجانا الأقوی الثانی، لأن الشریک إذا لم یجبر علی العماره لا یجبر علی الإنفاق، فإذا اختار الشریک بناءه مجانا، فعل، و إلا تركه».

قلت بل قد یشكل جبره علی الإذن علی وجه تقوم إذن الحاكم مقامه. بأن له الامتناع منها، لقاعده «التسلط» و «عدم حل مال امرء مسلم إلا بطیب نفسه» و غیرها و من هنا أنكر علیه ذلک فی الحدائق، خصوصا بناء علی مختاره سابقا من اعتبار الإذن فی الجواز للشریک، حتی لو أراد بناءه من غیر رجوع علیه، و إنه یأثم لو بناه من غیر إذن. إلی غیر ذلک من عباراته التی هی كعباره غیره من الأصحاب، خصوصا مثل إطلاق المصنف و غیره، و خصوصا مثل عبارات التذكره فی الظهور أو الصراحه فی عدم وجوب الإذن علیه، بناء علی اعتبار اذنه.

نعم فی جامع المقاصد «فرع: لو أراد أحد الشریكین الإضرار بصاحبه فی الجدار و القناه و الدواب و نحوها، فامتنع من العماره و غیرها من الوجوه التی یمتنع الانتفاع بدون جمیعها، فلیس ببعید أن یرفع أمره إلی الحاكم لیخیر الشریک بین عده أمور: من بیع و إجاره و موافقه علی العماره و غیر ذلک من الأمور الممكنه فی ذلک عملا ب

قوله (۱)«لا ضرر و لا ضرار»

و لأن فی ترک جمیع هذه الأمور إضاعه للمال، و قد نهی عنها، و لم أظفر بتصریح فینبغی أن یلمح».

قلت: قد یشهد له فی الجمله ما

فی دعائم الإسلام (۲)قال: «روینا عن جعفر بن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الخیار الحدیث ۴- ۵.

۲- ۲ الدعائم ج ۲ ص ۵۰۴ الطبعه الثانیه بمصر.

محمـد صلوات الله علیه أنه سئل عن جـدار الرجـل و هو ستره فیما بینه و بین جاره سـقط، و امتنع من بنیانه قال: لیس یجبر علی ذلـک إلاـ أن یکون وجب ذلـک، لصـاحب الـدار الأـخری، أو شـرط فی أصل الملک، و لکن یقال لصاحب المنزل: استر علی نفسـک فی حقـک إن شـئت. قیل له فإن کان الجـدار لم یسـقط، و لکنه هـدمه أو أراد هـدمه إضـرارا بجاره لغیر حاجه منه إلی هدمه، قال: لا یترک ان رسول الله صلی الله علیه و آله قال: «لا ضرر و لا ضرار» و ان هدمه کلف أن یبنیه.»

و علی کـل حـال فما فی جامع المقاصـد هو کالصـریح فی عـدم الجبر فی غیر الصوره المفروضه، و منه ما سـمعته من المسالک الـذی لم یعلقه علی الضـرر و نحوه، بل جعله من أحکام الشـرکه فی الجدار التی قد اعترف سابقا باعتبار الإذن من الشـریک، لو أراد التبرع ببنائه، و لاحقا فی مسأله السـفل و العلو، و حینئـذ یکون کاقتراح وضع جـدار مشترک بینه و بینه فی أرض مشترکه، و آلات کـذلک، و لا ریب فی عدم وجوب الإذن بذلک علیه، و ان تضـرر الآخر بذلک، و انه لا وجه لرفع أمره الی الحاکم، و لا لجبره علی ما هو غیر واجب علیه.

نعم لو قلنـا ان سبق وجود الجـدار بینهمـا یوجب الحق لهمـا فی وضـعه علی وجه لا یجوز له الامتناع مع طلب الأخر، اتجه حینئذ ذلک، لکن ینبغی علیه عدم اعتبار اذنه، بل نهیه أیضا کما فی باقی صور امتناعه عما هو حق علیه، و کأنه هو الذی لحظه الفاضل فیما ذکره فی القواعـد من عـدم جواز منعه إیاه لو أراد الانفراد بالعماره الا أنه کما تری، ضـروره عـدم ثبوت حق یکون الجـدار بینهما علی وجه یوجب ذلک و هو واضـح، و لو سـلم فهو غیر ما سـمعته من المسالک الـذی لم أعثر علی موافق له فیه، و لا من احتمله، بـل صـریح کلمـاتهم عـدمه، بـل هو فی نفسه بنـاء علی اعتبـار الإذن فی غیر محله، بل منه یعلم ما فی تفصـیل المحـدث البحرانی من أنه لا یحتاج الی الإذن من الشریک فی العماره مع فرض التضرر به، و لا بد منها مع عدمه، إذ هو مع أنه خروج عن محل البحث الـذی هو الجدار المشترک من حیث کونه کذلک: أی مع قطع النظر عن الأمور الخارجیه، قد یناقش فیه بأن فرض ضرر أحدهما بعدم العماره قد یعارض

بفرض ضـرر الأخر بها، و الضـرر لا يـدفع بالضـرر، كما اعترف به الفاضل و غيره فى الرد على الشافعى فى القديم من المساعده فى العماره، بل و مع فرض عـدمه أيضا بعـدم وجوب دفع الضـرر عن الغير ببذل مال آخر، و ان لم يتضـرر به، و الا لوجب ذلک فى الجدار الجديد و غيره.

نعم قـد يقـال بوجوب القسـمه و نحوهـا أو برفع الأـمر إلى الحـاكم، ليرى وجهـا يحكم به لقطع النزاع بينهمـا، مراعيـا للجمع بين الحقين و دفع الضرر عنهما من باب السياسات المعد هو لها، و لعله على ذلک يحمل ما

فى دعائم الإسلام (۱)«و عنه صـلوات الله عليه عن الجـدار بين الرجلين ينهـدم، و يـدعوا أحدهما صاحبه إلى بنائه، و يأبى الآخر قال: ان كان مما يقسم قسم ما بينهما، و بنى كل واحد منهما حقه ان شاء، أو ترک ان لم يكن ذل يضـر صاحبه، و ان كان ذلک مما لا يقسم قيل له: ابن أو بع أو سلم لصاحبک ان يرضى أن يبنيه، و يكون له ذلک، و ان اتفقا على أن يبنيه الطالب و ينتفع به، فإن أراد الأخر الانتفاع به معه دفع اليه نصف القيمه»

فتأمل جيدا و الله العالم.

و ممـا ذكرنا يعلم الحال فيما ذكره المصـنف و غيره بقوله و كـذا لو كانت الشـركه فى دولاب أو بئر أو نهر أو قناه أو ناعوره أو نحو ذلـک، أى لاـ يجبر الشـريک على المشـاركه فى عمارتهـا من غير فرق بين كون المشترک ذا غله تفى بعمارته، و غيره عند الأصـحاب على مـا فى المسالـک، و بين القابـل للقسـمه و عـدمها، و انمـا نبه بـذلک على خلاف أبى حنيفه الـذى حكم بإجبار الشـريک على المساعده على العماره فى هذه المذكورات دون الحائط، فارقا بينهما، بأن الشـريک لا يتمكن من المقاسـمه فيها، فيتضرر به بخلاف الجدار، فإنه يتمكن من قسمته، و رد بإمكان كون القسمه فيه أكثر ضررا عليه، فكانا حينئذ سواء.

نعم لو أنفق أحدهما على البئر أو النهر لم يكن له منع الأخر من نصـيبه من الماء الذى ينبع فى ملكهما المشترک بينهما الذى أثر فيه نقل الطين عنه، و ليس له

۱- ۱ الدعائم ج ۲ ص ۵۰۵ الطبعه الثانيه بمصر.

فيه عين ملك، بخلاف الحائط إذا بناه بآلات منه كما هو واضح.

و كذا ظهر لك مما ذكرناه أيضا أنه لا يجبر عندنا صاحب السفل و لا العلو فى الساباط و غيره على بناء الجدار الذى يحمل العلو و لا على جدار البيت، لأصاله براءه الذمه من وجوب عماره ملك الإنسان لنفسه، فضلا عن الغير إلا أن يكون ذلك لازما بعقد، فيجب حينئذ كعماره الساقيه المستحق إجراء الماء فيها، خلافا للشافعى فيجبر صاحب السفل على الإعاده، و لا ريب فى ضعفه، و لو طلب صاحب العلو مثلا- بناء جدران السفل تبرعا فهل له منعه؟ ففى المسالك «فيه الوجهان السابقان» و أطلق فى التحرير «ليس له منعه».

قلت: قد عرفت التحقيق فى ذلك سابقا، و أما ما حكاه عن التحرير فيمكن تنزيله على ما فى القواعد من أنه لو طلب صاحب العلو عماره السفل بنقض صاحبه كان له منعه، و إن أعاده بآله من عنده فله ذلك، و إن كان يجب تقييده أيضا كما فى جامع المقاصد بما إذا لم يكن الأساس للآخر، و لا مشتركا بينهما، و الا لم يجبر بدون الإذن، لما عرفته سابقا، لكن فيما حضرنى من نسخه للتذكره سقيمه «و إن أراد بناؤه بآله من عنده فله ذلك، و جاز أن يبنى على عرصه مشتركه بينه و بين غيره بغير إذنه ليصل الى حقه من الحمل عليه» و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما قدمناه سابقا.

و على كل حال فلو بناه فى أرضه من نفسه كان له منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد بفتح كوه و غرز وتد و نحو ذلك، أما الاستكان فالظاهر أنه ليس له المنع منه و إن انتفع به، هذا كله إذا انهدم بنفسه، أو هدماه معا من غير شرط، أما إذا استهدم فهدمه صاحب السفل بشرط أن يعيده، ففى التذكره أجبر عليه قولا واحدا، أى إذا كان ذلك منه بملزم شرعى.

و لو هدمه أى الجدار المشترك مثلا بغير اذن شريكه الذى لم يجب هدمه عليه لاستهدامه وجب عليه إعادته لأنه ضمان مثله عاده، لكن فى الدروس «ان أمكنت المماثله كما فى جدران بعض البساتين و المزارع، و الا فالأرش، و الشيخ أطلق الإعاده، و الفاضل أطلق الأرش، و فى المسالك بعد أن حكى تفصيل

الدروس، و تبعا للكركى «و فيه مناسبه الا أنه خارج عن القواعد الشرعيه لانتفاء المثليه فى الفائت، فإنه محض صفه إذا الأعيان باقيه، و المماثله فى الصفه بعيده، فالقول بالأرش مطلقا أوضح».

قلت: قد يقوى ما ذكره الشيخ لصدق المثليه عرفا، بل تصح الإجاره على صنعه جدار مثل هذا الجدار. نعم لو فرض تعذر ذلک كما فى بعض البناء انتقل إلى القيمه كما فى كل مثلى تعذر مثله، و كذا الكلام فى كسر الخاتم و نحوه، و فتق الثوب و نحوه.

و لو هدمه بإذن شريكه و شرط اعادته، وجب ذلک إذا كان الشرط فى عقد لازم، بل قد سمعت ما فى التذكره فى نظيره من أنه- كذلک قولا واحدا، لكن ربما ظهر من بعضهم كونه من المسأله السابقه التى يجب فيها الأرش، و لعله لعدم إمكان الشرط لما عرفت من عدم إمكان ضبط الصفه، الا أنه كما ترى، فإن عود الشى ء على ما كان بحيث يتحقق فيه الصدق عرفا ممكن و واقع، بل من ذلک يعلم قوه ما ذكرناه أولا.

بل قد يؤيده أيضا أن الأرش المذكور هنا ان أريد به ما يخص الشريک من مقابل الهيئه الفائته، فهو لا يجدى فى عماره الجدار المزبور الذى تحقق فيه الضرر عليه بهدمه، و لو لفوات حصه الشريک، فلم يكن فى ذلک جبر لضرره، و ان أريد به ما يقابل تمام الهيئه، ففيه أنها مشتركه بين الهادم و الشريک، و الإنسان لا يضمن لنفسه مضافا الى ما عن الأردبيلى من استبعاد الأرش فيما حكى عنه قال: «فإنه لا يسوى بعد الهدم إلا شيئا قليلا جدا، و الجدار الصحيح تكون له قيمه كثيره، بل المناسب على القول بالأرش أن يراد به ما يحتاج فى تعمير مثل ذلک، و فيه أيضا تأمل، إذ قد يتفاوت العمل و الأجره كثيرا فتأمل، و بالجمله القول بوجوب الإعاده بحيث يصدق عليه عرفا أنه اعاده قوى جدا فى صوره عدم الشرط فضلا عما لو شرطه و الله العالم.

و لو اصطلح الشريكان على أن يبنياه و يكون لأحدهما أكثر مما كان له، فعن الشيخ بطلان الصلح، لأن فيه اتهاب ما لم يوجد، و فيه أنه يكفى مشاهده الآلات أو وصفها و مشاهده الأرض، و دعوى- أن الجدار جزء صورى من التأليف لا يمكن ضبطه- يدفعها، أن الصوره صفه تابعه للموهوب و ضبطها ممكن، و الا لما جاز الاستيجار على

البناء المقدر بالعمل، كدعوى عدم العوض بعد تساويهما فى العمل و غيره التى يمكن دفعها بما عرفته سابقا من عدم اعتبار العوض فى الصلح، على أنه يمكن القول هنا بأن الشارط على نفسه متبرع بما يخص شريكه من عمله، و الشارط لنفسه غير متبرع، فيشترط له قدرا من الملك.

و كذا دعوى اقتضاء تعليق الملك فى عين- و هو ممتنع لامتناع الأجل فى الملك و من هنا احتمل بعضهم جواز اشتراط تملك الأكثر من الآلات لا من الجدار بعد البناء و حينئذ فلو انفرد أحدهما بالعمل و شرط لنفسه الأكثر من الآله صح قطعا-، إذ قد تدفع أيضا بأن هذا الصلح يجرى مجرى الاستيجار على الطحن بجرو من الدقيق، و على الارتضاع بجزء من العبد، فإنه يملكه فى الحال، و يقع العمل فيما هو مشترك بينه و بين غيره، و على هذا يملك الأكثر مبنيا.

كل ذلك مضافا الى ما سمعته غير مره من كون الصلح عقدا مستقلا برأسه، لا يعتبر فيه جريان غيره من العقود على مورده، فربما كان مورده لا يجرى عليه عقد من العقود، و إنما فسر أنه كلما يفرض إمكان قطع الخصومه به لو كانت مما لا يكون فيه تحليل حرام و لا تحريم حلال، و لا ريب فى جواز رفع أحد الشريكين يده عما يملكه من آلات الجدار جميعه، فضلا عن الأكثر، ببنائه من الشريك الآخر خاصه، أو مع كونه معه، فيصح الصلح حينئذ عليه و ان لم يكن عوض للمتبرع من ماله و عمله سوى كون الجدار مبنيا ليكون ساترا مثلا بينهما كما هو واضح. و الله العالم.

ثم انه لا خلاف و لا إشكال فى جواز قسمه الجدار المشترك طولا و عرضا، و طوله امتداده من زاويه البيت مثلا إلى الزاويه الأخرى، لا ارتفاعه عن الأرض الذى هو عمقه و العرض هو السطح الذى يوضع عليه الجذوع، فلو كان طوله عشرا و عرضه ذراعين فاقتسما فى كل الطول و نصف العرض، فيصير لكل واحد منهما طول عشره أذرع فى عرض ذراع جاز، و كذا لو اقتسماه فى كل العرض و نصف الطول بأن يصير لكل واحد منهما طول خمسه أذرع فى عرض ذراعين.

ثم القسمه بعلامه توضع جائزه فى الأمرين، و بالنشر جائز فى الثانى دون الأول

إلا مع تراضيهما، كما لو نقضاه و اقتسما الآله، و القرعه ممتنعه في الأول لإمكان وقوعها على ما لا ينتفع به مع عدم إمكان التبديل، بل يختص كل وجه بصاحبه، و لعله لذا قال في القواعد: «و لا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمه في كل الطول و نصف العرض لأن القرعه معيار القسمه (لكن قال أيضا) و كذا في نصف الطول و كل العرض و تصح القرعه في الثانيه دون الأولى، بل يختص كل وجه بصاحبه» و ظاهره عدم الإجبار في الصورتين، لكن في محكي التذكره أنه إن انتفى الضرر عنهما أو عن الممتنع اجبر عليهما في الصوره الثانيه، و إن تضرر الممتنع لم يجبر، و في الدروس «و متى تطرق ضرر عليهما أو على أحدهما و طلبه الآخر فهي قسمه تراض، و إلا فهي قسمه إجبار، و لو طلبها المتضرر أجبر الآخر، و كذا يجوز قسمه عرضه قبل البناء».

قلت: هذا خلاصه ما في القواعد و جامع المقاصد و الدروس، لكن قد يتوقف في جعل معيار القسمه القرعه، بمعنى عدم الإجبار عليها مع عدم إمكانها، كما أنه قد يتوقف في اعتبار إمكان وقوعها على ما ينتفع به، إذ يمكن حينئذ الرجوع إليها و الأخذ في المقام و إن وقعت في الوجه الخارج عنه، إلا أنه يمكن التبديل بالمعاوضه و الإجاره و نحوها، و لتحقيق ذلك- و تحقيق وجوب الإجابه إلى القسمه مطلقا على وجه يجبر الممتنع منها- محل آخر يأتي إنشاء الله.

و لو ملكا دارين متلاصقين مثلا، فليس لأحدهما مطالبه الآخر، برفع جذوعه عنه، و لا منعه من التحديد لو انهدم السقف إذا لم يعلما على أي وجه وضع، لجواز كونه بعوض، و عن الخلاف نفي الخلاف فيه، كما نص على ذلك كله في الدروس ثم قال: «نعم لو ادعى أحدهما الاستحقاق و نفاه الآخر جزما احتمل حلف المنكر، و عليه الفاضل، و ظاهر الشيخ أن على مدعي العاريه البينه، و اليمين على الآخر».

قلت: لكن في القواعد «لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى ماءه في ملك غيره، و لم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول صاحب الأرض و الجدار في عدم الاستحقاق» و وافقه عليه في جامع المقاصد، لأصاله عدم الاستحقاق في ملك الغير، و لأن اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع، و الوضع أعم من الاستحقاق، و غايته أن يكون بحق،

و هو أعم من العاريه التى يجوز فيها الرجوع.

و فيه أن الأصل فى تصرف المسلم و يده أن يكون بملك و استحقاق حتى يعلم عدمه، فالمتجه حينئذ فيما فرضه فى الدروس وجوب الإبقاء، أما لو فرض غير ذلك بأن تنازع أحدهما مع الآخر فى الاستحقاق و عدمه، و لم يكن ثم استناد الى يد و نحوه، فالمتجه كون اليمين على منكر الاستحقاق و ما عن الشيخ من كون البينه على مدعى العاريه و اليمين على الآخر يمكن تنزيله على ذى اليد و نحوه، كما أن ما فى القواعد و جامع المقاصد إن كان المراد به ما فرضه أولا فى الدروس ففيه ما عرفت، و إن كان المراد به ما ذكره بقوله «نعم» فهو متجه، و ان كان هو غير ظاهر من أول العباره، و لكن الأمر سهل بعد وضوح الحال و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا تنازع صاحب السفل و العلو فى جدران البيت فالقول قول صاحب البيت مع يمينه]

المسأله الخامسه: إذا تنازع صاحب السفل و العلو فى جدران البيت الحامله للعلو ف المشهور كما فى المسالك ان القول قول صاحب البيت مع يمينه و لو كان فى جدران الغرفه، فالقول قول صاحبها مع يمينه قيل: و يعضده أن جدران البيت جزؤه و جدران الغرفه جزؤها، فيحكم بهما لصاحب الجمله بل فى جامع المقاصد جعل ذلك دليل المسأله، و فيه: أنه بعد فرض التنازع فى ذلك يكون المراد من الاعتراف بكون البيت و الغرفه له مع فرضه ما عدا محل النزاع منها و الا لم يكن ثم وجه للمخاصمه، كى تتوجه البينه على أحدهما، و اليمين على الأخر، فلا دليل حينئذ للحكم المزبور الا دعوى استقلال اليد من كل منهما على ما ادعاه فيكون القول قوله مع يمينه.

نعم قد يناقش بمنع استقلال يد صاحب السفل على جدار بيته، مع فرض تصرف صاحب العلو به و بالبناء عليه، و بمنع استقلال صاحب العلو مع فرض تصرف صاحب السفل به باتصاله بالعالى بملكه، على وجه هو كالجزء منه، و بالاستكنان تحت السقف المعلق عليه، و التصرف فى الجدار انما هو بالتصرف فى بعض أجزائه، لأنه شى ء واحد عرفا، و بذلك يظهر لك ما فى المحكى عن ابن الجنيد من أن جدار البيت بينهما، لأن حاجتهما إليه واحده، بخلاف جدران الغرفه، إذ لا تعلق لصاحب البيت

به، إلا كونه موضوعا على ملكه، و إن ارتضاه فى المختلف، بل فى المسالك هو قول جيد، إلا أنك عرفت قوه اشتراك الجميع فى اليد من كل

منهما، اللهم إلا أن يدعى استقلال اليد عرفا منهما على كل منهما، خصوصا فى جدار الغرفه المتفق على اختصاص يد صاحبها حتى من ابن الجنيد كالسقف الأعلى، و أن ما ذكرناه ليس من الأماره على اشتراك اليد فى العاده فيتجه حينئذ قول المشهور، و لو تنازعا فى السقف قيل: و القائل الشيخ فيما حكى عنه إن حلفا قضى به لهما و كذا إن نكلا و إلا اختص بالحالف منهما على نحو ما سمعته فى التنازع فى الجدار و شبهه الذى يدهما معا عليه و قواه فى الدروس قال: «و فى المبسوط يقسم بعد التحالف، و القرعه أحوط»، و تردد فى الخلاف بين القرعه و التحالف، و قيل و القائل ابنا الجنيد و إدريس لصاحب العلو و مال إليه فى المسالك بل اختاره فى جامع المقاصد، بل عن الفاضل ترجيحه فى كثير من كتبه، لأن الغرفه انما تتحقق بالسقف الحامل، لأنه أرضها و البيت قد يكون بغير سقف، و هما متصادقان على أن هنا غرفه فلا بد من تحققها، و لأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفل، و إن كان هما معا كما ترى.

نعم قد يقال: ان اليد مختصه به، دون الأسفل، لأن سكونه تحته ليس يدا عليه، و ان كان هو محلا للنظر أيضا باعتبار صدق التصرف به بالتصرف فى البيت الذى هو من أجزائه، بل فيما تسمعه من القواعد احتمال اختصاصه به، باعتبار أن الغرفه على البيت، فلا يتحقق الا بعده، و البيت لا يتم الا بالسقف، و ان كان هو واضح الضعف أيضا، فالأقوى الاشتراك بينهما على الوجه الذى تقدم.

و قيل: و القائل الشيخ كما فى المسالك يقرع بينهما و هو حسن عند المصنف،(۱)

«لأنها لكل أمر مشتبه»

و فيه: أنه لا اشتباه بعد اقتضاء اليد الاشتراك بينهما، و فى المسالك «و ربما منع الاشتباه هنا، لأن رجحان أحد الطرفين فى نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبه إلى الحكم» هذا و فى القواعد «أما السقف فإن لم يكن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى الحديث ۱۱ لكن فيه كل مجهول ففيه القرعه الى آخره.

احداثه بعد بناء العلو كالأزج الذى لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فى العلو، فهو لصاحب السفل، لاتصاله ببنائه، و ان كان بحيث يمكن احداثه كجذع يثقب له فى وسط الجدار و يجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه، فيحتمل- التسويه لأنه أرض لصاحب العلو و سماء لصاحب السفل،- و اختصاص الأول- و الثانى».

و تبعه على ذلك فى الدروس قال: «و لو لم يمكن إحداث السقف بأن كان أزجا ترصيفا حلف صاحب البيت لاتصاله به» و كذا فى جامع المقاصد و المسالك قال فى الأخير منهما: «و موضع الخلاف السقف الذى يمكن احداثه بعد بناء البيت، أما ما لا يمكن كالأزج الذى لا يعقل احداثه بعد بناء الجدار الأسفل لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه، ليكون حاملا للعقد، فيحصل به

الترصيف بين السقف و الجدار، و هو دخول آلات البناء من كل منهما فى الآخر، فإن ذلك دليل على أنه لصاحب السفل فيقدم قوله بيمينه».

قلت: قد يناقش بأن ذلك لا ينافى وجود يد من صاحب العلو بالتصرف فيه أيضا الممكن أن يكون ذلك بالشراء من صاحب البيت أو غيره، و حينئذ يكون يد كل منهما عليه، فيتجه فيه التحالف على النحو المذكور.

[المسأله السادسه إذا خرجت أغصان شجره أو عروقها إلى ملك الجار وجب عطفها إن أمكن و إلا قطعت من حد ملكه]

المسأله السادسه: إذا خرجت أغصان شجره أو عروقها إلى ملك الجار، وجب و ثبت له استحقاق عطفها مثلا على مالكها إن أمكن و الا قطعت من حد ملكه، و إن امتنع صاحبها من ذلك عطفها أو قطعها الجار و لا يتوقف على إذن الحاكم فى تفريغ ملكه عما لا يستحق بقاؤه عليه، فضلا عما يكون بقاؤه عدوانا، و قاعده «قبح التصرف فى مال الغير لا تأتى فى دفع الظلم أو الضرر عنه، خصوصا مع كون هتك الحرمه من المالك نفسه بالظلم و غيره، و لذا صرح فى محكى التحرير بالوجوب و الإجبار مع الامتناع، و جعله المختار فى جامع المقاصد.

بل قد يظهر من إطلاق المحكى عن التحرير أن للمالك الإزاله من دون استيذان المالك، كما لو دخلت بهيمه إلى داره أو زرعه، بل صرح به فى جامع المقاصد، لأن إزاله العدوان عليه أمر ثابت له، و توقفه على اذن الغير ضرر، و لانه

لو توقف على اذن المالك لتوقف على اذن الحاكم مع الامتناع، لعدم جواز التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و غير اذن من يقوم مقامه مع التمكن، و حينئذ فما يظهر من المتن و الدروس و محكى التذكره من اعتبار اذنه لا- يخلو من نظر، و ربما يقوى التفصيل بين ما كان فيه ضرر بمراعاه اعتبار الإذن منه أو من الحاكم و عدمه، فلا يحتاج إلى الاذن فى الأول دون الثانى مراعاه للجمع بين القواعد جميعا.

و على كل حال فما عن التذكره- من ان مالك الشجره لا يجب عليه إزالتها، و ان جاز لمالك الأرض، لأنه من غير فعله، و يلزمه عدم الإجبار عليه- مخالف للقواعد الشرعيه.

نعم مع إمكان العطف لا- يجوز له القطع، فلو فعله كان ضامنا، لكن هل يضمن جميع ما يقطع أم تفاوت ما بينه و بين المعطوف وجهان كما فى المسالك من التعدى فيضمن و من ان العطف حق له، و ما يفوت به فى حكم التالف شرعا، و لعل الأقوى الأول، كما أنه يقوى وجوب الأجره له مع امتناع المالك، و إن لم يستأذن الحاكم، إذا لم ينو التبرع، و لو مضت مده طويله عليها كذلك مع تفريطه، ضمن أجره الأرض و الهواء كما صرح به غير واحد، بل لعله كذلك مع صدق استبقاء المنفعه و إن لم يكن ثم تفريط و لذا صرح غير واحد أيضا بأنه ليس لمالك الأرض إيقاد النار تحت الأغصان لتحرق حيث يجوز القطع لأنه أشد ضررا فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زياده على حقه و هو كذلك.

نعم قد يقال إن له إيقاد النار لمصالحه، كالتنور و نحوه و إن ادى ذلك إلى تلف الأغصان مع تفريط المالك بعدم العطف مثلا، أو القطع لعموم «تسلط الناس» و لأن إهماله و تفريطه أقوى من انتفاع المالك بماله المؤدى إلى تلف مال الغير فتأمل و فى حكم الشجره الجدار المائل إلى ملك الغير.

و كيف كان ف لو صالحه على إبقائه أى الغصن مثلا فى الهواء لم يصح على تردد ينشأ من عدم جواز افراد الهواء بالصلح تبعا للبيع، و من كونه عقدا مستقلا مع عدم كون ذلك صلحا عن الهواء، بل هو صلح عن منفعه، قائم مقام

الإجاره، لكن لا ريب فى أن الأقوى الثانى كما عرفته فى نظائره، خلافا للمحكى عن الشيخ.

أما لو صالحه على طرحه على الحائط، جاز بلا خلاف مع تقـدير المده و الزياده أو انتهائها بل قد عرفت جوازه فى نظير المسأله، مع التصـريح بالتأبيد، بل قد عرفت جوازه مع عدم تقدير بالزياده و لا انتهائها لتحمل الصـلح من الجهاله ما لا يتحمله غيره، خلافا لجماعه، فاعتبروا فى جوازه الأمرين جميعا، بل فى الدروس و غيرها التصريح بعدم جواز التأبيد و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى و لآخر بيوته العليا و تداعيا الدرجه قضى بها لصاحب العلو مع يمينه]

اشاره

المسـأله السابعه إذا كان لإنسان بيوت الخان السـفلى، و لآخر بيوته العليا، و تـداعيا الـدرجه قضـى بها لصاحب العلو مع يمينه من حيث كونه صاحب سـفل و علو لاسـتقلال يد اختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك، و إن كانت موضوعه فى الأرض المحكوم بها أيضا لصاحب السـفل باعتبار اقتضاء اليـد عليها، اليد على محلها، و يد اختصاص الأسـفل على غيرها من الأرض لا يوجب اليد له عليها، كما هو واضح.

نعم فى المسالـك هـذا مع اختلافهـا فى الخزانه تحتهـا، أمـا لو اتفقـا على أن الخزانه لصاحب الأسـفل كانت الـدرجه كالسـقف المتوسـط بين الأـعلى و الأسـفل، فيجرى فيهـا الخلاف السابق، و فى الـدروس «و لو تنازعا فى المرقى و محله فهو للأعلى، و فى الخزانه تحته بينهما، و لو اتفقا على أن الخزانه لصاحب الأسـفل فالـدرجه كالسـقف المتوسط بين الأعلى و الأسـفل، فيقضـى بها بينهما، و لا عبره بوضع الأسفل آلاته و كيزانه تحتها، ثم إذا ثبت الدرجه للأعلى فهو ذو يد فى الأس».

قلت: قـد يرجـح صـاحب السـفل بأنهـا من بيوته الظاهره فى العرف اسـتقلال يـد اختصاصه بها لتبعيه الهواء للـدار كاسـتقلال يد اختصاص صاحب العلو عرفا بالأعلى- و من ذلك يظهر لك ما فى قول المصـنف و لو كان تحت الدرجه خزانه كانا فى دعواها سواء و الفاضـل فى القواعـد «و يقضـى بالـدرجه لصـاحب العلو و يتساويان فى الخزانه تحتها، إلى آخره- فيقضـى بها بينهما بعد التحالف و النكول، لان لكل واحـد منهما شاهـدا بملكها، باعتبار أن يد الاختصاص لصاحب العلو يقضـى بأن مكانها كذلك إذ الهواء كالقرار، كما أن يد الاختصاص للأسفل تقضى بأن الهواء له أيضا لأنه تابع للقرار،

لما عرفت من ظهور يد الاختصاص عرفا بها لذى السفل المفروض كون البيوت له التى هى من جملتها فى الحقيقه، بل لعل كلامهم فيما تقدم- فى تقديم صاحب السفل لو كان النزاع فى الجدار الأسفل- شاهد على ذلك، و كأنه مال إليه فى الحدائق، و فى محكى التذكره احتماله، و احتمال الاختصاص بذى العلو، و لا ريب فى ضعفه.

نعم قد يؤيد الأول بظهور التفاوت بين خزانه الدرج و غيرها من البيوت، باعتبار كونها كالتابع له، و صاحب اليد عليه ذو يد عليها أيضا، و من ذلك مع تصرف صاحب الأسفل حكم المصنف و غيره بالتسويه بينهما، بخلاف بيوت الأسفل، بل هى غير التداعى بين صاحب الغرفه و بين من تحتها. فتأمل جيدا. فإنه لا يخلو من مصادره اللهم إلا أن يفرض اختلاف الهيئات فى ذلك عرفا هذا.

و قد يشكل كون الدرجه للعالى و كونهما سواء فى دعوى الخزانه و الفرض ان الدرجه من اجزائها، و احتمال كون المراد تسويتهما فيما عداها- بقرينه ذكرهم الدرجه للعالى أولا- يدفعها احتمال كون المراد بالأول حيث لا تكون خزانه.

ثم إن المتجه للمصنف استحسان القرعه لو تنازعا فى سقفها كما ذكره فى سقف البيت و لعله لذا فى اللمعه اختار القرعه فى الاختلاف فى الخزانه، كما اختارها فى الاختلاف فى سقف البيت، و بالجمله كلامهم لا يخلو من تشويش، و قد يحتمل كون الدرجه للأعلى و إن كانت سقفا، و الباقى للأسفل، و لكن يقوى كونها كالسقف حيث يكون خزانه، و قد عرفت أن يدهما معا عليه بخلاف الأرض و الجدران.

و فى الروضه «ما فى اللمعه فى القرعه فى الخزانه لما ذكروه فى السقف،- ثم قال-: و يشكل أيضا الحكم فى الدرجه مع اختلافهما فى الخزانه، لأنه إذا قضى بالخزانه لهما، أو حكم بهما للأسفل بوجه تكون الدرجه كالسقف المتوسط بين الأعلى و الأسفل، لعين ما ذكر خصوصا مع الحكم بها للأسفل وحده، فينبغى أن يجرى فيها الخلاف، و مرجحه» إلى آخره و ربما كان فيه منافاه فى الجمله لما سمعته فى المسالك فلاحظ و تأمل و الله العالم.

و لو تداعيا الصحن الذى وضعت المرقاه فى صدره أى نهايته فى السعه،

و هو آخر خطته فى الجهه المقابله للباب قضى منه بما يسلك فيه إلى العلو بينهما مع التحالف و النكول و ما يخرج عنه لصاحب السفل لظهور يد صاحب العلو باعتبار افتقاره إلى السلوك فى ملك مقدار الممر، و يشاركه فيه للتصرف أيضا صاحب السفل، و يختص بغيره، لكن فى الدروس «و ربما أمكن الاشتراك فى العرصه لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستو، و لا يمنع من وضع شى ء فيها، و لا من الجلوس قليلا» و فيه: أن مثل هذا التسامح المعتاد لا يقتضى اليد على تمام العرصه كما هو واضح- ثم قال-: و لو كان مرقاه فى دهليزه فالأقرب أن لا مشاركه للأسفل للعرصه، إلا أن نقول فى السكه المرفوعه باشتراك الفضله بين الجميع، و يؤيده أن العرصه يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل، و لو كان المرقاه فى ظهره فاختصاص صاحب السفل بالعرصه أظهر» و فيه أيضا: أن اشتراك الفضله بعد أن لم يكن لأحد بالخصوص يد عليها- و لا ترجيح، بل قد يرتفق الجميع بها- لا يقتضى الحكم بالاشتراك فى الفرض بعد أن لم يكن لذى العلو تصرف فى العرصه، و الإحاطه بمجردها ليست تصرفا، و الحكم بها للأسفل للتصرف، و ظهور كونها دارا لبيوته، لا للاحاطه، و لذا جزم فى الروضه فى الفرض بكون العرصه للأسفل كما أنه جزم فى الأخير بأنها مع الدهليز للأخير و الله العالم.

[تتمه إذا تنازع راكب الدابه و قابض لجامها قضى للراكب مع يمينه]

تتمه إذا تنازع راكب الدابه و قابض لجامها، قضى للراكب مع يمينه وفاقا للمحكى عن المبسوط لظهور يد الاختصاص له عرفا و قيل و القائل الشيخ أيضا فى محكى الخلاف و ابن إدريس فى محكى السرائر هما سواء فى الدعوى لثبوت يد كل منهما عليهما و زياده تصرف الراكب لم يثبت شرعا كونه مرجحا، و تعريف المدعى و المنكر منطبق عليهما بتفسيراته و لذا كان ذلك خيره ثانى المحققين و الشهيدين، و لكن قد يقال: إن الأول أقوى لما ذكرنا من ظهور العرف فى كون يد الاختصاص له خصوصا مع ملاحظه نظائره باعتراف الخصم كتنازع لابس

الثوب و ممسكه و من له حمل على الدابه مع من فى يده زمامها، و غير ذلك أما لو تنازعا ثوبا و فى يد أحدهما أكثره فهما سواء لعدم اقتضاء الأكثريه عرفا الاختصاص و ما وقع من بعضهم- من أنه كمسأله الراكب و القابض، باعتبار أن كلا منهما زياده تصرف لم يثبت كونها مرجحا- كما ترى.

و كذا لو تنازعا عبدا و لأحدهما عليه ثياب مع فرض ثبوت يدهما عليه لأنه لا مدخليه لزياده الملك، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالكها أو بالعاريه، فهى حينئذ ليست يدا عرفا، و من هنا يعلم أنه لو فرض أن لأحدهما خاصه عليه يد، و الآخر له ثياب عليه، فالقول حينئذ قول صاحب اليد، كما أنه لو لم يكن لأحدهما خاصه عليه يد إلا الثياب لأحدهما، يكون بينهما أيضا، لما عرفت من عدم كون الثياب يدا لصاحبها.

أما لو تداعيا جملا و لأحدهما عليه حمل و ليس للآخر عليه يد كان الترجيح لدعواه قطعا ضروره ظهور وجود الحمل عليه فى يد الاستقلال به، بل قد يقال بكونه كذلك لو فرض أن للآخر يدا عليه، بقبض الزمام باعتبار ظهور يد الاختصاص فى الحمل كالراكب و القابض فضلا عما لو كانا معا قابضين، و لأحدهما خاصه الحمل، و عن الدروس أنه جعل حكم الراكب و لابس الثوب و ذى الحمل سواء و فى المسالك «هو كذلك»، أى فى اتحاد الحكم فيها أجمع، و إن كان هو عنده الاشتراك، و عند غيره الاختصاص، و قد عرفت تحقيق الحال فى ذلك.

و لو تداعيا غرفه على بيت أحدهما، و بابها إلى غرفه الآخر، كان الرجحان لدعوى صاحب البيت قطعا لكونها فى ملكه الذى هو هواء بيته التابع لقراره، و مجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد يدا عرفا.

نعم لو فرض كونه مع ذلك متصرفا فيها بسكنى و غيره، أمكن تقديمه حينئذ على صاحب البيت، باعتبار أن يده حينئذ فعليه و يد صاحب البيت تبعيه، و الفعليه أقوى و أولى، مع أنه فى المسالك احتمل التساوى أيضا قال: «لثبوت اليد

من الجانبين فى الجمله، و عدم تأثير قوه اليد كما سلف» و فى قواعد الفاضل و مع التصرف اشكال، و إن كان لا يخفى عليك ما فيه.

نعم قد يشكل ذلك بمنافاته للحكم بشركه الخزانه تحت الدرج، مع أن يد صاحبه عليها تبعيه، و يد المتصرف بها فعليه، فلتقدم حينئذ عليها كما ذكرناه سابقا إذ لا فرق فى التبعيه بين أن يكون منشؤها لحوق السفل بالعلو، أو بالعكس فإن من ملك قرارا ملك هواه، و من ملك شيئا و لو هواء ملك قراره، و الدرج كذلك و الله العالم.

[كتاب الشركه]

اشاره

كتاب الشركه بكسر الشين مع إسكان الراء و بفتحها مع كسرها، بل و إسكانها و النظر فيه يقع في فصول.

[الفصل الأول في أقسامها]

الأول: في أقسامها و لكن ينبغي أن يعلم أولا أن ماهيه الشركه لغه على ما قيل: الاختلاط و الامتزاج شيوعا أو مجاوره، و شرعا اجتماع حقوق الملاك، في الشي ء الواحد على سبيل الشياع فالأول بمنزله الجنس الشامل للاجتماع مع التمييز في مكان واحد، و الثاني بمنزله الفصل، فإن المنساق منه الواحد بالشخص لا الواحد بالجنس و لا النوع و لا الصنف. و حينئذ فلا شركه مع تعدد الشخص نعم المراد بالواحد، فيما هو متعلق الشركه، و إن تعدد، لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كل فرد من أفراد المتعدد.

و في جامع المقاصد و المسالك أن قيد الشياع لإخراج اجتماع حقوق الملاك في الشي ء الواحد المركب من اجزاء متعدده كالبيت مثلا إذا كان خشبه لواحد، و حائطه لآخر، و أرضه لثالث، فإنه لا شركه لعدم الشياع، و ان صدق اجتماع حقوقهم في الشي ء الواحد و فيه: عدم صدق كونه واحدا بالشخص، إذ هو مجموع أشخاص.

و عن الشهيد في المحكي عن حواشيه أنه لإخراج اجتماعها في الشي ء الواحد بالشخص على البدل، كمستحق الزكاه و الخمس، و المجتمعين على مسجد أو على معدن أو مباح يتعذر فيه الاجتماع، فإن ذلك اجتماع لا على سبيل الشياع، قال: «فإن قيل: يخرج هذه بقوله «الملاك» قلنا: الملك المراد به الاستحقاق، حذرا من المجاز و الاشتراك».

و أشكله في جامع المقاصد بأن الملك أخص من الاستحقاق مطلقا، فلو حمل على

معناه الخاص المتعارف، لخرجت هذه الاقسام بالقيد المذكور، و خرج بقيد الشياع ما تقدم سابقا- الى أن قال- و فى التعريف نظر لانتقاضه بالشركه فى القصاص و حد القذف و الخيار و الرهن و الشفعه و نحو ذلك، فإنه ليس هناك ملك حقيقى، فلا مالك حقيقه، و قد صرحوا بأن هذا أحد أقسام الشركه الثلاثه».

و كأنه تصدى الى دفع جميع ذلك فى المسالك فقال: «و يمكن أن يكون إنما حاول بحمل الملك على الاستحقاق الذى هو أعم منه إدخال الشركه فى الخيار و نحوه مما لا ملك فيه، فإنه محض استحقاق، فلو حمل الملك على معناه الخاص، لانتقض التعريف فى عكسه إن أريد به المعنى الخاص، و لو جعل مشتركا بينه و بين الاستحقاق أو مجازا فى الاستحقاق، لزم الاشتراك و المجاز فحمله على معنى الاستحقاق العام يدخل الاقسام، و يسلم من محذور المجاز و الاشتراک كما ذكر.

لكن فيه: أن إطلاق الخاص و إراده العام مجاز غير شائع، يجب صون التعريف عن مثله، و قد يجاب عنه بأن إطلاق الملك على الاستحقاق ليس بمجاز، بل معناه يتبادر من قولك فلان يملك الشفعه على فلان و يملك الحد و نحوه، أو أنه مجاز شائع و إن كان مطلق إطلاق الخاص على العام ليس شائعا، و العبره فى رخصه التعريف إنما هو بالفرد المحتاج إلى استعماله، لا بنوع ذلك الفرد، و هذا هو الظاهر هنا.

و ينبه عليه أن المصنف بلا فصل ذكر حكم الاشتراک فى الحق المذكور فليس بغافل عن دخوله فى التعريف و حينئذ فالمستعمل هنا إما المجاز المنصوب على إرادته قرينه، أو المشترک اشتراكا معنويا إن جعل ذلك الاستحقاق من أفراد الملك حقيقه، و الاشتراک المعنوى لا يضر دخوله فى التعريف، و لو أبدل الملك فى التعريف بالاستحقاق لسلم من ذلك كله.

قلت: و لعله لذا عرفها فى الإسعاد شرح الإرشاد من كتب العامه بأنها ثبوت الحق فى الشى ء الواحد لمتعدد، و لكن قد يقال: بعد الإغضاء عما فى قوله ينبغى إلى آخره، أن الشركه فى الحقوق و إن دخلت فى التعريف و لو على إراده الاستحقاق من الملك، لكن قد ينافى ذلك قيد الشياع فيه، فإنه لا شياع فى استحقاق كل منهما

الثابت له، فلا محيص حينئذ عن اختصاص التعريف بشركه المال، أو ارتكاب التجوز فى الإشاعه على وجه يشمل ذلك.

ثم إنه لا ريب فى ملك الفقراء للزكاه و الساده الخمس، و المسلمين الأرض المفتوحه عنوه، إلا أنه ملك جنس لا تعدد فيه، كى يصدق معه اجتماع حقوق الملاک، و الافراد من حيث الشخص لا ملك لأحد منها، كما أن الأشياء المباحه من معدن و نحوه هى بين الناس على حد سواء، بمعنى أن لكل واحد حيازتها، و السابق منهم أحق من غيره و مع تعدد السابق يقرع، و كذا المسجد و الوقف العام، و إن كان ربما يفرق بينهما، إلا أنه على كل حال لا شركه فيها من حيث الملک، و لا من حيث الحق على سبيل الشركه فى الأموال و الحقوق، و الأمر فى هذا كله سهل.

إنما الكلام فى ملک الكلى فى الصبره مثلا كالصاع منها، و كملك مأه فى الثلث بالوصيه و نحو ذلک، بناء على عدم تنزيله على الإشاعه مما لا إشكال فى صدق الشركه معه، و لا إشاعه، اللهم الا أن يراد منها عدم التعيين، لا خصوص الثلث و الربع و نحوهما.

و كيف كان ففى المسالک تبعا لجامع المقاصد «أن للشركه معنيين، بل فى أولهما شرعيين، أحدهما ما ذكره المصنف، و لكنه معنا من المعانى دخوله فى باب الأحكام أولى، ضروره حصول الاجتماع المزبور بعقد و غيره، بل بغيره أكثر، حتى لو تعدى أحدهما و مزج ماله بمال الآخر قهرا بحيث لا يتميزان تحققت الشركه بالمعنى المزبور به، و ثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاک للشى ء الواحد على سبيل الشياع فيه، و لا يدخل فيه المستحقون للإرث و نحوه، و هذا هو المعنى الذى به تندرج الشركه فى جمله العقود، و يلحقها الحكم بالصحه و البطلان، و اليه يشير المصنف فيما بعد بقوله قيل: تبطل الشركه، أعنى الشرط و التصرف، و قيل: يصح، و لقد كان على المصنف أن يقدم تعريفها على ما ذكره، لأنها المقصود بالذات هنا، أو ينبه عليهما معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتهما و أحكامهما، و فى القواعد و غيرها كفايه اشتركنا فى العقد المزبور.

لكن فى الحدائق «لا يخفى على من تأمل الأخبار عدم معنى للشركه إلا الأول

الـذی ذکره المصـنف، و الفاضـل، و الشـهید فی اللمعه، و أما المعنی الثانی فلا یشم له رائحه منها»- إلی أن قال- بعـد أن حکی عن بعضـهم أنها عقد جائز: «لا عقد هنا بالکلیه، و لا عاقد، و إنما الشرکه اجتماع الأموال علی الوجه المذکور، فلا معنی لوصفه بالجواز نعم البقاء علی حکمها أمر جائز، بمعنی أنه لا یجب علیه الصبر علی الشرکه بل یجوز رفعها و أخـذ حصـته، و بعـد هـذا الاجتماع لا یصح لأحد الشرکاء التصرف فیها إلا بإذن الباقین، المدلول علیها باللفظ الصریح، أو الظاهر أو غیره من القرائن کغیر المقام مما یعتبر فیه الاذن».

قلت: قـد یؤیـد ذلک أیضا ظاهر کلام المصـنف و اللمعه و غیرهما مما لم یتعرض فیها لکونها عقـدا، بل فی جامع المقاصد عن فخر المحققین و أول الشـهیدین تنزیـل قول الفاضـل- «و قیـل: تبطـل إلاـ أن یشترط الزیاده للعامل»- علی إراده بطلان الاذن، لا عقـد الشرکه، و رد ذلک کله فی الریاض تبعا لجامع المقاصـد و غیره بالإجماع، و بأن الأصل حرمه التصـرف فی مال الغیر بغیر إذنه، فیقتصـر فیها علی القدر المتیقن، و هو ما دل علیها صـریحا من الجانبین کما نبه علیه فی التذکره، و علیه یصح إطلاق العقد علیه و أمـا الإکتفاء فیها بمجرد القرائن الـداله علیها و الألفاظ الغیر الصـریحه فیها فلا دلیل علیه، و علی فرض وجوده کما یـدعی من ظاهر النصوص مع عدم دلالته علیه أصـلا فلا ریب فی مغایره هذا المعنی للأول أیضا، لحصول الأول بامتزاج المالین قهرا من دون رضـا المتشـارکین و هو غیر الامتزاج مع الرضا به، و بالتصـرف فی المالین مطلقا أو مقیـدا علی حسب ما یشترطانه، فإنکاره رأسا فاسـد جدا، و لا ینافی التغایر دخول الثانی فی الأول دخول الخاص فی العام، فإنه من أفراده، لمغایرتهما فی الجمله قطعا، و هو کـاف فی إفراد الخـاص عن العـام فی الإطلاـق إلی غیر ذلک من الکلمات، خصوصا التـذکره و خصوصا ما فی بعض کتب العامه إلا أنها جمیعها من غرائب الکلام.

أما ما فی الحـدائق من إنکار عقد الشـرکه رأسا فهو واضح الفساد، بل یمکن دعوی إجماع الخاصه و العامه علی خلافه، کما أن دعوی کون عقدها ما دل علی جواز التصرف من کل منهما، أو من أحدهما واضح الفساد أیضا، ضروره عدم مدخلیه

ذلک فی الشرکه بوجه من الوجوه، بل هو داخل فی قسم الوکاله، و قد اعترف به فی التذکره، قال فیها «الشرکه قد تقع بالاختیار، و قد تقع بالإجبار، و کلامنا فی الأولی و هی قد تحصل بمزج المالین بالاختیار من غیر لفظ، فلو امتزج المالان برضاهما حصل الشرکه الاختیاریه، و إن لم یکن هنا لفظ، و أما التصرف فالإذن فیه و المنع منه فذاک حکم زائد علی مفهوم الشرکه».

و من ذلک و غیره یعلم التشویش فی کلامه و کلام غیره أیضا، فکان السبب الذی أوقعهم فی الوهم هو دعوی حصول الشرکه بالمزج القهری، فمع فرض اعتبار الامتزاج فی شرکه العنان لم یکن معنی لعقدها حینئذ، ضروره حصولها بالمزج المزبور، المفید لذلک مع القهر، و عدم القصد به إلیها، فضلا عما لو قصدت به اختیارا، فلم یکن حینئذ معنی لعقدها إلا جواز التصرف، خصوصا مع ملاحظه الشرکه الاکتسابیه التی هی من أقسام التجاره المبنیه علی العمل، من الشریکین، أو من أحدهما التی قد وردت النصوص بها، و فیمن ینبغی أن یشارک و أن لا یشارک، و غیر ذلک من أحکامها، و لعله لذا اکتفوا فی صیغتها بقول اشترکنا، باعتبار امتناع أن یراد بإنشائه حصولها بدون مزج، و لا المزج الذی لا یحصل باللفظ، فتعین أن یکون معناه جواز التصرف، و إلا لم یکن له معنی أصلا کما صرح بذلک فی جامع المقاصد، إلا أنه لا یخفی علیک ما فی ذلک، إذ لا دلاله فی قول اشترکنا علی الاذن بوجه من الوجوه، کما أنه لا حاجه فی حصول الإذن منهما أو من أحدهما إلی عقد و لیس من مقومات الشرکه حصولها، إذ یمکن اشتراکهما فی المال مع الإذن فی العمل لثالث، بل یمکن إراده الشرکه من دون عمل أصلا، لغرض من الأغراض.

فالتحقیق أن یقال حینئذ بعد الإجماع علی کونها عقدا: أن قول اشترکنا لإنشاء تحقیقها و صیروره کل من المالین بینهما علی الإشاعه، إلا أنه یشترط فی صحه ذلک تحقق المزج بعده إن لم یکن، فهو حینئذ شرط کاشف أو ناقل، نحو القبض فی الوقف، أو أنه جزء السبب، و متی حصل مزج بقصد إنشاء الشرکه من دون قول تحققت، و کانت کالمعاطاه، بناء علی جریانها فیها، و إن کان التحقیق خلافه، سیما مع

عـدم فرق حينئذ بينها و بين العقد إلا على احتمال الكشف، أما المزج القهرى و المجرد عن قصد إراده إنشاء الشـركه فلا يترتب عليه ملـك كـل منهمـا الحصه المشـاعه فى نفس الأـمر و إنما يفيـد الاشـتباه فى كل من أجزاء المال، إلا أن الشارع حكم ظاهرا بكونه بينهما من الصلح القهرى الذى قد تقدم نظائره، فالفرق حينئذ بين المزج القهرى و المزج الإنشائى هو ما ذكرناه، فله حينئذ إيقاع عقد الشركه بعد وقوعه، كى يتبدل الملك ظاهرا بالملك واقعا، بل لو سلم افاده المزج القهرى الملك فى الواقع على نحو المزج الاختيـارى كمـا هو ظاهر كلمات الأصـحاب أمكن أن يقال حينئـذ أنه لا مانع من صـيرورته جزء سـبب مثلا، إذا جى ء به لإتمام عقد الشـركه مثلا، بل و من صـيرورته سـببا تاما فى ذلك إذا قصد الإنشاء به فى المعاطاه، و من اتفاق حصول الشـركه به قهرا فإنه لا تنافى حينئـذ بينهما، و يكفى فى العقـد تحققه به، لا أنه لا تقع الشـركه بغيره، لكن الإنصاف عـدم خلو ذلك من نظر بل منع.

و على كـل حـال بـذلك يظهر لـك مـا فى جميع كلمـاتهم من التشويش و الاضـطراب خصوصـا التـذكره و جامع المقاصـد، و المسالـك، و الرياض، و غيرها التى لا يخفى عليك حالها بعـد الإحاطه بما ذكرناه، فضـلا عما يظهر من المحكى عن ابن الجنيد فى المختلف من تحقق الشـركه بـالقول مع الافتراق من دون مزج، قال: «لو تلف مال أحـد الشـركاء قبل انعقاد الشـركه باختلاط المـالين أو بافتراق كان ما تلف من مال صاحبه، و إن كان التلف بعـد العقـد و الافتراق كان من مالهما جميعا» و هو كما ترى، و من هنـا قـال فى المختلف بعـد أن حكى ذلـك عنه: «و الأـجود أن لاـ شـركه إلا بالامتزاج، و التلف قبله من صاحبه» و مراده فى محل القرض فتأمل، و ربما يجى ء لذلك أيضا زياده تحقيق فى مطاوى البحث.

ثم المال المشترك قـد يكون عينا كما هو ظاهر و قد يكون منفعه بالإجاره و الجنس و السـكنى قيل: و الوقف، و فيه أنه إن كان على محصورين فالاـشتراك بـالعين و الاـ فلاـ اشتراك بـل هو حينئـذ نحو مـا عرفته فى حق الزكاه و الخمس، و الطرق العامه، و الطرق النافذه، و قد يكون حقا كالخيار و الشفعه الموروثين مثلا و القصاص و غيرها.

و أما سبب الشركه فى الثلاثه ف قد يكون إرثا كما إذا ورثا مالا أو منفعه أو حقا و قد يكون عقدا فى الثلاثه أيضا كما لو اشتريا دارا أو استأجراها أو صالحا عن حق تحجير مثلا، و قد يكون مزجا فى العين كما هو واضح، بل و المنفعه فيما لو فرض استيجارهما دراهم للتزين مثلا، بناء على جوازه لكل دراهم مخصوصه، ثم مزجاهما بإراده الاشتراک فى المنفعه فيتحقق حينئذ اشتراكهما فى المنفعه و قد يشكل ذلک بأصاله عدمها، و إنما هو من الاشتباه لا المزج المعتبر فى تحقق الشركه فتأمل.

و قد يكون حيازه بناء على تحققها بشركه الأبدان كما عن الإسكافى أو على فرض نيه كل منهما، بأن ما يحوزه له و لشريكه الموكل له على ذلک، بناء على الاكتفاء بمثل ذلک، و لكن الأشبه عند المصنف بأصول المذهب و قواعده فى الحيازه، اختصاص كل واحد بما حازه لأصاله عدم دخوله فى ملک الغير حتى مع النيه، لعدم ثبوت قبول مثله النيابه، فضلا عما إذا لم ينو، فإنه لا وجه له الا على جواز شركه الأبدان المعلوم بطلانها عندنا.

و من ذلک يعلم ما فى المسالک «من أنه ينبغى أن يستثنى من ذلک ما لو كان عمل كل بنيه الوكاله لصاحبه فى تملک نصف ما يحوزه، فإنه حينئذ يتوجه الاشتراک لأن ذلک مما يقبل النيابه» إذ قد عرفت الملک بذلک أيضا عند المصنف.

نعم لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماء دفعه بآنيه واحده أو اشتركا فى نصب حباله الصيد المشترک و رمى السهم المثبت له تحققت الشركه (۱۱) حينئذ فى الجمله قطعا، و فى المسالک «لكن يكون لكل واحد من المجاز بنسبه عمله، و يختلف ذلک بالقوه و الضعف، و لو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح، أو تمليک كل واحد ما بقى له عند الأخر، بناء على جواز هبه المجهول».

قلت: أو يحكم بالنصف لأصاله عدم زياده أحدهما على الأخر، بل قد يحتمل كونه كذلک مع اختلافهما فى القوه و الضعف لصدق اتحاد فعلهما فى السببيه، و

اندراجهما فی

قوله (۱)«من حاز ملک»

و لعدم الدلیل علی اقتضاء ذلک التفاوت فی المجاز، و إن کان هو منافیا للاعتبار العقلی الذی لا یرجع الی دلیل معتبر شرعا فتأمل جیدا و الله العالم.

و کل مالین مزج أحدهما بالاخر بحیث لا یتمیزان، تحققت فیهما الشرکه اختیارا کان المزج أو اتفاقا مقصودا به الشرکه أو لا، بلا خلاف أجده فیه، بل لعل الإجماع بقسمیه علیه.

و

فی دعائم الإسلام (۲)«روینا عن جعفر بن محمد عن أبیه عن آبائه علیهم السلام أن رسول الله

صلی الله علیه و آله أجاز الشرکه فی الرباع و الأرضین و أشرک رسول الله صلی الله علیه و آله علیا علیه السلام فی هدیه، و إذا أراد رجلان أن یشترکا فی الأموال، فأخرج کل منهما مالا مثل مال صاحبه دنانیر أو دراهم ثم خلطا ذلک حتی یصیر مالا واحدا لا یتمیز بعضها عن بعض علی أن یبیعا و یشتریا ما رأیاه من أنواع التجارات فما کان فی ذلک من فضل کان بینهما، و ما کان من وضیعه کان علیهما بالسواء. فهذه شرکه صحیحه لا اختلاف علمناه فیها و لیس لأحدهما أن یبیع و یشتری إلا مع صاحبه، الا أن یجعل له ذلک»

و إن کان یحتمل بل هو الظاهر أن قوله «و إذا» الی آخره من مصنفها، لا فیما رواه عن جعفر بن محمد علیه السلام، إلا أنه علی کل حال فیه شهاده علی المزج فی الجمله.

لکن قد عرفت سابقا الفرق بین المزج الاختیاری المقصود فیه الشرکه و غیره بالملک مشاعا فی نفس الأمر فی الأول، بخلاف الثانی و إن عومل معاملته فی الاحکام إلا أنه لو فرض اتفاق العلم ببعضه لأحدهما لم یکن للآخر شرکه فیه، بل لو فرض بقاء ما لیس هو إلا لأحدهما أمکن حینئذ إتیان القرعه عند القائل بها فی مثله، و قسمته بینهما من الصلح القهری عند غیره، علی نحو ما سمعته فی نظائره فی کتاب الصلح و الله العالم.

و علی کل حال فلا خلاف فی أنه یثبت ذلک فی المالین المتماثلین فی

۱- ۱ لم نعثر بهذا اللفظ فی أحادیث الخاصه و لا العامه.

۲- ۲ الدعائم ج ۲ ص ۸۵ فصل الشرکه.

الجنس و الصفه أی بالمزج الرافع للامتیاز بینهما الذی قد عرفت سببیته للشرکه فلو تخلف أحدهما تحقق الامتیاز المنافی للشرکه، فلا یکفی حینئذ مزج الحنطه بالشعیر و لا الدخن (۱)بالسمسم، و إن عسر التخلص، و الدراهم بالدنانیر، بل و لا الحنطه الحمراء بالبیضاء، و الصغیره الحب بالکبیره و الدراهم الصحیحه بغیرها، و نحو ذلک مما لم یرتفع التمییز فیها بالمزج الذی هو سبب الشرکه إذا کان علی الوجه المزبور.

سواء کانا أی المالان أثمانا أی ذهبا و فضه أو عروضا کالأدهان و غیرها من المائعات بل و الحنطه و الشعیر و الذره و السمسم و نحوها خلافا للمحکی عن الشیخ فی المبسوط فمنع من الشرکه فی العروض إلا فی المکیل و الموزون و ما عن الإسکافی من إطلاق عدم صحه الشرکه إذا کان لکل واحد منهما مبتاع، إلا أن یتعاوضا بمتاعیهما فیبیع هذا نصف متاعه بنصف متاع هذا، و ان کان یمکن تنزیل کلام الأخیر منهما علی ما لا یحصل معه الامتزاج الرافع للامتیاز.

ثم المراد من عدم التمییز کونه فی الظاهر کذلک لا فی نفس الأمر، فإن الأجسام لا تتداخل فی المائعات، فضلا عن غیرها لکن فی الریاض بعد ان اعترف بأنه المستفاد من کلمات الأصحاب سیما معقد إجماع التذکره قال: «و هو مناف لما ذکروه فی التعریف من أنها اجتماع حقوق علی الإشاعه، فإن الظاهر منها حیث تطلق

أن لا ـ یفرض جزء إلا ـ و فیه حق لهما و به صرح الفاضل المقداد فی شرح الکتاب، بل صرح فیه بعدم حصول الشرکه بمزج الحنطه و الذره و الدخن و السمسم و نحوها بمثلها، بل حصرها فی مثل الأدقه و الأدهان بمثلها و لکن الظاهر عدم استقامه ما ذکره علی طریقه الأصحاب، لاتفاقهم فی الظاهر علی عدم اشتراط عدم التمییز النفس الأمری مع أن اشتراطه فی نحو الأثمان مخالف لطریقه المسلمین فی الأعصار و الأمصار، لأنهم لا یزالون یتشارکون فیها من زمن النبی صلی الله علیه و آله إلی زماننا هذا من غیر نکیر

۱- ۱ الدخن کقفل: حب صغیر أملس جدا. أقرب الموارد.

فی صقع من الأصقاع، و عصر من الأعصار، فكان إجماعا، و قد نبه علیه فی التذكره بقی الكلام فی التوفیق بین التعریف و ما هنا، و الخطب سهل بعد الإجماع علی ما هنا، لعدم الدلیل علی ما فی التعریف من اعتبار الإشاعه بالمعنی المتقدم، مع احتمال إرادتهم منها هناك عدم التمییز المطلق».

قلت: و فیه أولا: أن عدم التمییز فی نفس الأمر لا یتم فی الأدهان، و لا فی غیرها كما سمعت.

و ثانیا: أن التعریف للشركه الشرعیه الموجبه للملك علی الإشاعه التی قد ذكروا أسبابها بعد تعریفها، و لا ریب فی أن المراد منها المعنی الأول، لا عدم التمییز كما هو واضح لا یشتبه علی من له أدنی تحصیل، و ما حكاه فی التنقیح لم أجده فیما حضرنی من نسخته قال: و الفائده الثانیه الشركه أمر حادث و كل حادث لا بد له من سبب و السبب هنا قد یكون إرثا، و قد یكون حیازه كما لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماء بآنیه و قد یكون مزجا كما إذا مزجت الأجزاء المتساویه المصغره بحیث لا یمتاز جزء عن جزء كالأدقه و الادهان، لا كالحنطه و الذره و الدخن و السمسم، و الدراهم الجدد و العتق، ثم قال: الفائده الثالثه: إنما قید الاجتماع علی وجه الشیاع، احترازا عن اجتماع لا یحصل فیه ذلك و المراد فیه بالشیاع أن لا یفرض جزء الا و فیه حق لهما.

و هو كما تری أجنبی عما حكاه عنه، ضروره كون مراده عدم تحققها مع التمییز، كمزج الحنطه بالذره، و الدخن بالسمسم، و الدراهم الجدیده بالعتیقه، و لذا أفردها و جمع الأدهان و الأدقه، لا بأمثالها التی من ضروره المذهب تحقق الشركه فیها بالامتزاج و أما ما ذكره من تفسیر الشیاع فهو فی محله، لا أنه یرید تمامیته فی مثل الدقیق دون غیره كما هو واضح بأدنی تأمل، خصوصا مع ملاحظه كونه أجل من أن یقع فی هذا الوهم الذی لا ینبغی جوازه علی أصاغر الطلبه.

إنما الكلام فی اعتبار المثلیه إذا كانت بالمزج فیها كما هو ظاهر المصنف بل قیل: هو صریح قوله أما ما لا مثل له، كالثوب و الخشب و العبد فلا تتحقق فیه

بالمزج، بل قد تحصل بالإرث أو أحد العقود الناقله كالابتياع و الاستيهاب و لعله لأصاله بقاء كل على ملك مالكه، المقتصر فى الخروج عنها على المتيقن الذى هو المزج فى المثليات دون غيرها، لكن فى الرياض بعد أن حكى ذلك عن المصنف هنا قال:

«وفاقا للمبسوط و الإسكافى، إلا أنه أطلق، و لكن معلوم النسب لا يقدح خروجه بالإجماع، و مع ذلك يضعف بتحقق المزج على الوجه المتقدم فى كثير منها، كالثياب المتعدده المتقاربه الأوصاف، و الخشب كذلك، و نحوهما، فيتحقق الشركه، فإن ضابطها حصول المزج مع عدم الامتياز، و لا خصوصيه للقيمى و المثلى فى ذلك و قد حصل».

و لا يخفى عليك ما فى الثانى من المصادره الواضحه.

نعم لو كان فى الأدله ما يقتضى إطلاق تحققها بالمزج الرافع للامتياز، اتجه حينئذ الاستدلال بإطلاقه، و لكن لم نعثر على ذلك، اللهم إلا أن يستدل بإطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۱)المقتضى لتحققها فى جميع افراد الشك، أو بإطلاق معقد دعوى الإجماع على ذلك إلا أنا لم نتحققه.

نعم فى التذكره و أما العروض فعندنا تجوز الشركه فيها مع الشرط المذكور، أى المزج الرافع للامتياز، سواء كانت من ذوات الأمثال، أو من ذوات القيمه، و هو ليس إجماعا صريحا، مع أنك قد سمعت ما حكاه عن الشيخ و الإسكافى، و إن كان قد سمعت كلامهما سابقا، و لو سلم الإجماع على ذلك فليس فى كلام المصنف صراحه فيما ينافيه، خصوصا بعد قوله سابقا «و كل مالين مزج أحدهما بالآخر» إلى آخره

الشامل للقيمى و المثلى، بل قوله أيضا «و تثبت فى المالين المتماثلين فى الجنس و الصفه كذلك» أيضا ضروره صدق ذلك على القيميات، لكن قوله «أما ما لا مثل له» إلى آخره قد يظهر منه ذلك، إلا انه من المحتمل إرادته عدم تحققها بالثوب و الخشب و العبد، باعتبار عدم المزج فيها الرافع للامتياز، فهو حينئذ لبيان ما احترز به من اعتبار المزج الرافع للامتياز، على أن مثل هذه لا يتحقق فيها الشركه بمزجها باعتبار عدم

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

ارتفاع الامتياز بمزجها كما هو واضح. و ربما يومى اليه افراد الثوب و العبد إذ لو كان المراد الثوب فى الثياب و العبد فى العبيد و الخشب فى الأخشاب لناسب التعبير بالجمع.

نعم قد يقال: إن المتيقن من الفتاوى و معاقد الإجماعات فى سبب الشركه المزجيه هو ما يتحقق فيها صدق المزج الرافع للامتياز بسببه، فمتى لم يحصل صدق المزج، كالدور و البساتين و العبد فى العبد و الجمل فى الجمل و الفرس فى الفرس و نحو ذلك، لم تتحقق الشركه المزجيه، إذ هو من الاشتباه- لا الامتزاج- الشبيه بالتداخل عرفا كما فى المائعات و ذوات الأجزاء الصغيره من الحبوب و نحوها مع فرض الكثره من الجانبين، و بالجمله المدار فى حصولها على ذلك من غير فرق بين المثلى و القيمى، كالمصوغات الصغيره مثل حب الذهب و نحوه، ضروره صدق امتزاجها على وجه يرتفع الامتياز بينها، بل إن لم يقم إجماع أمكن القول بتحقق الشركه بامتزاج الشخصين المتحدين فى الأوصاف الخارجيه، و ان كانا من جنسين كالقرمز مع بعض الأصباغ المساويه له فى اللون، و العسل و بعض افراد الدبس و نحو ذلك.

و اعتبار بعض اتحاد الجنس و الوصف انما هو للاحتراز عما لا يرتفع بالامتزاج امتيازه من مختلفهما، بخلاف محل الفرض، اللهم إلا أن يقال: إن ذلك من متعسر التخلص بالامتزاج، كالدهن مع الدبس مثلا، لا مما رفع امتزاجه امتيازه، و صيره كالمال المتحد باعتبار اتحاده معه فى الجنس و الصفه، مع أنه أيضا كما ترى للنظر فيه مجال، بل قد يقال بتحققها فى متعذر التخلص أيضا كل على نسبه قيمه ماله كما فى المثليات و القيميات الممتزجه المفروض اختلاف قيمتها على معنى صيروره ذلك المال مشتركا بينهما على نسبه قيمه مالهما، لا أن المشترك بينهما قيمتهما الوهميه دونهما.

و بالجمله كلامهم فى ذلك غير منقح، و قد عرفت ما تقتضيه الأصول و القواعد فى محال الشك.

كما أنه غير خفى عليك فيما لو أراد الشركه فيما لا مثل له و غيره مما لا تتحقق فيه بالامتزاج لعدم ارتفاع امتيازه به، باع كل واحد منهما حصته مما فى يده، بحصته مما فى يد الآخر أو وهب كل منهما كذلك، أو باعها بثمن اشترى

الأخرى به منه، أو غير ذلک، بل قد يستفاد من النصوص تحققها فی مال اشترى بثمن معين مثلا بقول «شرکتک فيه» على معنى اراده نقل نصفه مثلا اليه بنصف الثمن، و بقول «الربح بينی و بينک» فيه، و نحو ذلک.

قال محمد بن مسلم فی الموثق (۱)«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يشترى الدابه و ليس عنده نقدها، فاتى رجلا من أصحابه، فقال: يا فلان انقد عنی ثمن هذه الدابه و الربح بينی و بينک، فنقد عنه فنفقت الدابه، قال: ثمنها عليهما، لأنه لو كان ربحا لكان بينهما»

و نحوه غيره، و الله العالم.

و لا تصح الشركه بالأعمال كالخياطه و النساجه بلا خلاف معتد به أجد فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكی منهما مستفيض أو متواتر من غير فرق بين اتحاد عملهما و اختلافه، و لا بين كون العمل فی مال مملوک، أو تحصيل مباح من حطب و حشيش و نحوهما، للأصل السالم عن معارضته (۲)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، بعد ما عرفت، و التراضی بما لم يثبت شرعيته غير مجد، و المراد بالتجاره عنه ما ثبت التكسب به شرعا.

و ما

يحكى (۳)«من شركه سعد بن ابى وقاص، و عبد الله بن مسعود، و عمار بن ياسر فيما يغنمونه،

فأتى سعد بأسيرين و لم يأتيا بشی ء فأقرهم النبی صلى الله عليه و آله و شركهم جميعا»

غير ثابت، مع إمكان أن يكون ذلک يوم بدر الذی غنائمه على ما صرح فی التذكره- للنبی صلى الله عليه و آله، فيمكن أن يكون ذلک منه هبه لهم، بل يمكن غير ذلک أيضا.

و من هنا اتفق أهل الحق على عدم الشركه بذلک عدا ما يحكى عن ابن جنيد منهم مع أن المحكی عنه فی المختلف انه قال: «لو اشترک رجلان بغير رأس مال على أن يشتريا و يبيعا بوجوهما جاز ذلک، و لو اشترک رجلان فكان من عند أحدهما بذر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ۲.

۲- ۲ سوره المائده الآيه- ۱.

۳- ۳ سنن البيهقی ج ۶ ص ۷۹.

و بقر، و على الأـخر العمـل و الخراج كـانت الشـركه جائزه بينهما و لو اشترك رجلان على أن يعملا عملا لكل واحـد منهما فيه عمل منفردا، و أن تكون أيـديهما جميعا فى العمل و تقسم الأجره بينهما لم أجز ذلك، لأن الأجره عوض عن عمل فإذا لم يتميز مقـدار عمل كل واحـد منهما لم آمن أن يلحق أحدهما غبن أو أن يأخذ ما لا يسـتحقه، و إن تشاركا الفضل و تحالا، أو تضـمن أحدهما بالعمل ثم قسمه على الأخر من غير شركه جاز ذلك».

و هو كمـا ترى صـريح فى عـدم الجواز، لكن فى المختلف بعـد أن حكى ذلـك عنه قـال: «و الوجه البطلان، لنا إجماع الفرقه و خلاف ابن الجنيد غير معتد به لانقراضه بحصول الاتفاق بعده، و لأن الأصل عدم الشـركه و بقاء حق كل واحد عليه، و لانه غرر عظيم، و لأن الشـركه عقـد شـرعى، فيقف على الاذن فيه، و يمكن أن يريد ما ذكره أولا من شـركه الوجوه، و لكن قد يقال: إنه يمكن صـحه مـا ذكره بالتوكيـل من كل منهما على الابتياع و البيع، كما أن ما ذكره ثانيا يمكن كونه من باب المزارعه، و حينئذ فلاـ يكون خلاف منه، بل تتفق كلمه أهل الحق على البطلان، و إن اشـتهر نقل ذلك عنه، بل المعروف فى الحكايه عن الشافعى موافقته على ذلـك، و إنما المخالف أبو حنيفه، و مالك، و ابن حنبل على اختلاف فيما بينهم أيضا فى تعيين الجائز من ذلك، و حيث كـان الجميع عنـدنا باطلا، لم تكن ثم فائـده يعتـد بها فى التعرض الى ذلك، و حينـئذ فيختص كل منهما بما اكتسبه، و لا يشـاركه الآـخر فيه نعم، لـو عملاـ معـا لواحـد مثلاـ بـأجره، و دفع إليهمـا شـيئا واحـدا عوضـا عن أجرتهمـا الـتى وقعت فى عقد استيجارهما على العمل دفعه تحققت الشركه حينئذ فى ذلك الشى ء إلا انها ليست من شركه الاعمال، بل هى من شركه الأموال نحو مـا لو آجر كـل منهمـا نفسه منفردا، ثم أدى المسـتأجر إليهمـا مالا مشتركا، فإن الشـركه فى المال خاصه قطعا، و حينـئذ فلا إشـكال فى جوازهـا من غير فرق بين اختلاـف عملهمـا و اتفـاقه، و لاـ بين علمهمـا بنسـبه أحـد العملين إلى الأخر و عـدمه، لأن الاعتبار فى الصفقه بالعلم بعوض المجموع لا الأجزاء، و اجره المجموع هنا

معلومه، فيقسم عليهما على نسبه العمل، بأن ينسب أجره مثل عمل أحدهما إلى أجره مثل العملين و يؤخذ من المسمى بتلك النسبه، و مع الجهل بالنسبه يحتمل التساوى و الصلح كالمالين الممتزجين المجهول قدر كل منهما و الله العالم.

و لا تصح أيضا الشركه بالوجوه المفسره فى الأشهر باشتراك وجهين، لا مال لهما بعقد لفظى، على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما، فيبتاعان و يبيعان، و يؤديان الأثمان، و ما فضل فهو لهما، و قيل: أن يبتاع وجيه فى الذمه، و يفوض بيعه إلى خامل و يشترطا أن يكون الربح بينهما، و قيل: أن يشترك وجيه لا- مال له، و خامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه، و المال من الخامل، و يكون المال فى يده لا يسلمه إلى الوجيه، و الربح بينهما، و قيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزياده ربح ليكون بعض الربح له.

و لا- شركه عندنا فى المفاوضه التى هى اشتراك شخصين فيما يغنمان به من ربح، و إرث، و لقطه، و ركاز، و غير ذلك، و يغرمان من أرش جنايه و ضمان غصب، و قيمه متلف، و غير ذلك مطلقا، فهما كما عن بعض أو باستثناء قوت اليوم، و ثياب البدن و الخادم و بذل الخلع و الصداق و الجنايه على الحر، لعدم الدليل عليها عندنا، بل الإجماع بقسميه على فسادها، كالشركه بالمعنيين الأولين.

و إنما تصح عندنا بالأموال بلا خلاف فيه، بلا الإجماع بقسميه أيضا على الصحه فيها، و هى المسماه بشركه العنان، من عنان الدابه، أو من «عن» إذا ظهر، أو من «المعانه» بمعنى المعاوضه، لإمكان تقرير وجه المناسبه فى الجميع، و الأمر فيه سهل و إن أطنبوا فيه، لكن لا ثمره معتد بها فيه.

إنما الكلام فيما فى المسالك. فإنه بعد أن ذكر تفسيرات شركه الوجوه قال:

«و الكل عندنا باطل، خلافا لابن الجنيد، فإنه جوزها بالمعنى الأول و لأبى حنيفه مطلقا و حينئذ فإذا أذن أحدهما للآخر فى الشراء فاشترى لهما وقع الشراء لهما، فكانا شريكين، لأنه بمنزله التوكيل، و قد اشترى بأذنه فيشترط شروط الوكاله، و إذا كان المال لأحدهما و باع الأخر سواء كان خاملا أو لا، صح البيع بوكاله المالك،

و للمباشره أجره المثل لعمله، و لا شی ء له فی الربح.

و كأنه أخذ ذلک مما فی جامع المقاصد قال: «و أما شركه الوجوه فإن أحدهما إذا اشترى من دون توكيل الأخر له أو مع قصد اختصاصه به، فلا حق للآخر فی الربح، و إن وكله فاشترى لهما فقد تحققت شركه العنان» كما أنه قبل ذلک بعد أن ذكر الإجماع على بطلان ما عدا شركه العنان من الأقسام الثلاثه، قال:

«و المراد ببطلانها عدم ترتب آثارها عليها، أما شركه الأبدان فلأنهما إن عملا كان لكل منهما أجره عمله إن تميزا، قليله كانت أو كثيره، و مع الاشتباه فسيأتی أن الأصح الصلح، و إن كان مع ذلک فيه معنى شركه العنان لامتزاج المالين، و إن عمل أحدهما فلا شی ء للآخر فی أجره عمله، و أما شركه المفاوضه فلأن كل ما انفرد به أحد الشريكين من تجدد مال أو ثبوت غرم، فهو مختص به، و لو كان فی مال أحدهما المجدد من جنسه مال للآخر فسدت شركه المفاوضه، و انقلبت إلى شركه العنان».

قلت: محل البحث بين الأصحاب و من أجاز ذلک من العامه مشروعيه عقد شركه على أحد الوجوه الثلاثه على حسب شركه العنان و عدمه، و اتفاق مصداق من مصاديقها مع مصداق الوكاله لا يقضی بجوازها مع فرض عدم قصد الوكاله، و عدم ارادتها، و إنما المراد عقد شركه على هذا الوجه الذی يصح أن يكون موردا للوكاله لو قصدت به.

و من ذلک يظهر لک ما فی المحكی عن الأردبيلی، فإنه بعد أن حكى عن التذكره بطلان شركه الأبدان عندنا، سواء اتفق عملهما أو اختلف، و سواء كانت الصنعه البدنيه فی مال مملوک، أو فی تحصيل مباح كالاصطياد و الاحتشاش قال:

«و لا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان فهو، و الا فلا مانع، فإنه يرجع إلى الوكاله فی بعض الأمور و تمليک مال فی البعض الآخر، و بذل نفس و عمل فی مقابله عوض، و لا مانع منه فی العقل و الشرع، و لهذا جوز بعض أقسامها بعض العامه»- ثم نقل عنه أيضا- «أن شركه المفاوضه عندنا باطله، و ليس لها أصل

و به قـال الشافعى و مالک «ثم نقل عنه أيضا فى شـركه الوجوه انها عنـدنا باطله و به قال الشافعى و مالک ثم قال: «و البحث فيها مثل ما تقدم فتأمل».

و فيه ما لا يخفى عليک من الخروج عن محل النزاع إذا فرض كون المقصود لهما المعنى الصـحيح و إن سـموه باسم الفاسـد، و من البطلان إذا أراد تـأثير عقـد الشـركه الـذى أوقعـاه ذلـک، و إن اتفـق فى بعض الأـحوال اتحـاد مصـداقه مع مصـداق مفهوم الصـحيح الـذى لم يكن مقصودا لهمـا، بـل به يظهر فساد ما وقع من جوازها من العامه معللا برجوعها إلى الوكاله، أو نحوها مما هو صحيح، إذ قد عرفت حقيقه الحال و الله العالم.

و يتساوى الشـريكان فى الربح و الخسـران مع تساويه أى المشترک بينهما بأن كان لكل منهما نصـفه، و لو كان لأحدهما زياده، كان له من الربـح بقـدر رأس ماله، و كذا عليه من الخساره بلا خلاف فى شـى ء من ذلک، مع اتفاقهما فى العمل، أو اختلافهما فيه، بل الإجماع بقسـميه عليه، و السـنه مستفيضه أو متواتره فيه، مضافا الى اقتضاء أصول المذهب و قواعده فى المشاع ذلک، بل هو مقتضى الأصول العقليه أيضا.

و مـا عن بعض العـامه من منع الشـركه مع عـدم اسـتواء المالين فى القـدر، و فرض اتفاقهما فى العمل، قياسا على ما لو اختلفا فى الربـح و اتفقـا فى المال- مـدفوع بأن المعتبر فى الربـح المال، و العمل تابع، فلا يضـر اختلافه، كما يجوز مع اسـتوائهما فى المال عند الكل و إن عمل أحدهما أكثر.

إنما الكلام فيما لو شرط لأحدهما فى عقد الشركه زياده فى الربح مع تساوى المالين أو التساوى فى الربح و الخسران مع تفاوت المـالين مع عـدم مقـابله ذلـک بعمـل و قيـل و القائـل الشـيخ، و ابنـا إدريس، و زهره، و القاضـى، و جماعه، بل عن السـيد منهم الإجمـاع عليه كمـا عن ابن إدريس نسـبته إلى الأكثر تبطل الشـركه أعنى الشـرط و التصـرف الموقوف عليه، و يأخـذ كل واحد منهمـا ربـح ماله، و لكل منهما أجره مثل عمله، بعـد وضع ما قابل عمله فى ماله، و قيل: و القائل المرتضـى و الفاضل، و والـده و ولده تصح الشركه و الشرط بل عن الأول منهم دعوى الإجماع

علیه، و قیل: و القائل أبو الصلاح فی المحکی عنه تصح الشرکه دون الشرط الذی هو إنما یفید الإباحه لها لا ملکها، فیجوز الرجوع فیها ما دامت عینها باقیه.

و الأول أظهر عند المصنف و جماعه ممن تأخر عنه، لأنه أکل مال بالباطل، باعتبار عدم مقابله الزیاده لعوض، لکون الفرض انها لیست فی مقابل عمل، و لا وقع اشتراطها فی عقد معاوضه، لتضم احد العوضین و لا اقتضی تملکها عقد هبه، و الأسباب المثمره للملک معدوده، و لیس هذا أحدها، و لا هو إباحه للزیاده إذ المشروط تملکها بحیث یستحقها المشروط له، فیکون اشتراطها اشتراطا لتملک شخص مال غیره بغیر سبب ناقل للملک، کما لو دفع إلیه دابه لیحمل علیها و الحاصل لهما فیکون باطلا، فیبطل العقد المتضمن له، إذ لم یقع التراضی بالشرکه و الإذن فی التصرف إلا علی ذلک التقدیر، فلا یندرج فی قوله تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، و لا فی

قوله علیه السلام «المؤمنون عند شروطهم»

خصوصا مع الجواز فی عقد الشرکه المنافی للزوم المستفاد من الآیه و الروایه و أما عدم اندراجه فی قوله تعالی «إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» فظاهر إذ الشرکه لیست من التجاره فی شی ء إذ هی مقابله مال بمال، و هذا الشرط لیس تجاره أیضا، لعدم تضمنه معاوضه و مجرد التراضی غیر کاف فی اللزوم، بل غایته الإباحه، و لا کلام فی الجواز بها، و لکنه غیر مفروض المسأله لعدم استناده إلی عقد الشرکه، و مع ذلک الإباحه فی صوره جهلهما بفساد الشرط محل مناقشه بل منع.

نعم لو شرط ذلک للعامل تحققت التجاره حینئذ، لأن العمل مال، فهو فی معنی القراض کما نبه علیه المصنف بقوله هذا إذا عملا فی المال، أما لو کان العامل أحدهما، و شرطت الزیاده للعامل صح، و کان بالقراض أشبه بل لا خلاف فیه بینهم علی ما اعترف به جماعه، بل و لا فی جوازه مع العمل منهما أیضا و شرطت الزیاده لمن زاد عمله علی الآخر،- و إن کان ظاهر العباره یوهم خلافه.

و بذلک کله ظهر لک دلیل القولین الأخیرین و فساده، حتی الإجماع المحکی للثانی منهما المعارض بإجماع ابن زهره المعتضد بالنسبه إلی الأکثر و بما سمعت، و لکن مع ذلک للنظر فی جمیع ما عرفت مجال، و ذلک لأن الاتفاق علی الجواز

فی الصورتین المزبورین لیس هو الاشتراط المزبور إذ لیس ذلک قراضا قطعا لعدم قصده أولا و عدم تمامیته فی الصوره الثانیه منهما ثانیا و عدم اعتبار ما یعتبر فی القراض من کونه نقدا فی الصحه هنا ثالثا فلیس حینئذ إلا الشرط المزبور و هو کما أنه قابل للتملیک فی مقابله العمل أو زیادته قابل للتملیک مجانا، المتحقق شرعا بالهبه و غیرها، فلا یکون الأکل به حینئذ أکلا بالباطل بل هو بالسبب الصحیح الشرعی الذی هو الشرط و أحد الأسباب المملکه.

و دعوی- کونه فی مثل هذا العقد الذی مفاده الإذن خاصه لا یفید ملکا، إذ هو کعقد العاریه- یدفعها أنه کذلک مع اشتراطها للعامل خاصه کما أن دعوی کون عقد الشرکه من الجائز، فلا تشمله الآیه و لا الروایه مشترک الإلزام مبنی أیضا علی أن المراد من عقدها المشترط فیه ذلک إنما هو العقد المشتمل علی الإذن فی التصرف لا عقد إنشاء الشرکه الذی قدمناه سابقا، فإنه لازم لا ینافیه بطلان الشرکه بالقسمه کما لا ینافی لزوم البیع الإقاله، و أما منع کونه تجاره عن تراض بمعنی تکسب و لو لأحدهما بالطریق المزبور فواضح المنع، هذا.

مع أنه قد یقال فی صوره تساویهما فی العمل و شرطت الزیاده لأحدهما، و اختلافهما و شرطت لأدناهما، بالصحه، بناء علی ما ذکروه، لمقابلتها حینئذ بالعمل ممن اشترطت له، و أما الأخر فهو متبرع بعمله لم یرد فی مقابلته شی ء، إذ لا امتناع فی أن یعملا أحدهما بعوض و الأخر بلا عوض.

هذا کله مماشاه مع الخصم، و إلا فالمتجه الصحه مطلقا، حتی إذا لم یعملا، بل نمی المال فی نفسه، فما فی القواعد من اشتراط الصحه بذلک قال «و لو شرط التفاوت مع تساوی المالین أو التساوی مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما سواء شرطت الزیاده له أو للأخیر» فی غیر محله، ضروره انحصار السبب فی استحقاق الزیاده فیما فرضه بالشرط المتحقق فی الصورتین کما هو واضح، و بذلک کله ظهر لک ما فی کلام جمله من الأصحاب کالکرکی و ثانی الشهیدین و أتباعهما فلاحظ و تأمل.

مضافا إلى ما عساه يستفاد من بعض النصوص (۱)المتقدمه فى كتاب الصلح الداله على جواز اشتراط رأس المال لأحد الشريكين، و للآخر الربح و عليه الخسران التى قد سمعت تفضيل الكلام فيها، و إلى بعض النصوص (۲)المتضمنه للمشاركه فى الجاريه، على أن يكون بعض الشريك شريكا فى الربح دون الخسران، و إن حملها بعض الناس على معنى آخر.

بقى الكلام فيما ذكره المصنف و غيره من قسمه الربح على المالين، بناء على البطلان، إذ هو غير تام بناء على اقتضاء بطلان عقد الشركه بمعنى الاذن، لصيروره التصرف حينئذ فضوليا

فلا ربح، نعم هو كذلك مع فرض الإجاره، اللهم إلا أن يراد ربح ما حصل من التصرف من كل منهما فى ماله، و أما الأجره لكل منهما عوض عمله فى المال بنقل و نحوه، فالوجه فيها احترام عمل المسلم، و اقدام المتبرع منهما بزعم صحه العقد فمع فرض بطلانها لم يكن منه تبرع، لكن قد يقال بمنع الأجره مع ذلك لأصاله البراءه.

نعم هو كذلك بالنسبه إلى من شرطت الزياده له باعتبار صيرورته كالقراض الفاسد، فإن العامل يستحق الأجره فيه، لأن «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» فكذا هنا، أما من لم يشترط لعمله شى ء فهو فى حكم المتبرع على تقديرى الصحه و الفساد، اللهم إلا أن يقال ان الشريك كذلك مع فرض صحه عقد الشركه المقتضى لذلك لا مع فساده، إذ هو حينئذ عمل وقع من المسلم لا عوض له بزعم صحه الشركه فمع بيان فسادها يبقى مضمونا على من وصل إليه.

و كشف الحال فى أصل المسأله أن ظاهرهم عدم رجوع أحد منهم على الأخر بأجره عمله مع حصول عقد الشركه منهما، بناء منهم على أن مقتضى عقد الشركه ذلك، بل لعل ظاهرهم ذلك فى صوره وقوع العمل من أحدهما أيضا.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام الصلح.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ۸-.

و إن كان قد يناقش فى أصل اقتضاء عقد الشركه ذلك، بناء على ثبوته بالمعنى المزبور، أما على تقدير عدمه فالمتجه حينئذ ثبوتها، لقاعده احترام عمل المسلم الواقع باذن من عمل له، كما أن المتجه ذلك أيضا لو وقع العمل بزعم صحه عقد الشركه المقتضى لمجانيه العمل، فمع بيان فساده يتجه الأجره، للقاعده المزبوره أيضا، اللهم إلا أن تكون معارضه بقاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» مع إمكان منع ذلك هنا بأن يقال: إن عدم الأجره إنما هو لظهور التبرع منهما، لا أنه من مقتضيات عقد الشركه كى يتجه إتيان القاعده.

نعم قد عرفت النظر فى أصل ثبوت هذا العقد عندنا، فضلا عن دعوى اقتضائه التبرع بذاته، و ربما يؤيده قول المصنف هنا أعنى الشرط و التصرف، كالمحكى عن أول الشهيدين، و فخر المحققين من أن المراد من البطلان هنا بطلان الإذن، لأن الشركه العنانيه الحاصله بالمزج مع العقد لا توصف بالصحه و البطلان، لعدم إمكان وقوعها على وجهين، و إن نظر فيه فى المسالك تبعا لجامع المقاصد بأن الشركه العنانيه بالمعنى الذى ذكرناه أى كونه عقدا ثمرته الإذن فى التصرف و توصف بالصحه و البطلان، بل ليس الغرض من الشركه فى الأموال إلا الشرط المدلول عليه بالصيغه و ما يلزمه اللهم إلا أن يمنع من كون الشركه بمعنى العقد المزبور هى العنانيه كما يظهر من التذكره أنها مركبه من مزج المالين و العقد، لكن يشكل بأنها إذا لم تكن شركه فهى أحد الأقسام الأخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركه الصحيحه فى شركه العنان و انحصار مطلق الشركه فى المذكورات، و غايه ما ينزل أنها تطلق على المعنيين معا لكنها فى الثانى أظهر.

قلت: لكن قد عرفت فيما تقدم فساده، إن لم يكن إجماعا بما لا مزيد عليه كما أنك قد عرفت هنا وصف الشركه العنانيه بالمعنى الذى ذكرناه بالصحه و الفساد، و أن صحيحها مقتض للملك على الإشاعه فى نفس الأمر بخلاف فاسدها فإنها إشاعه فى الظاهر لا الواقع فتأمل جيدا.

و إذا اشترك المال بأحد أسبابه السابقه عدا ما كان بالعقد منها بناء على

اقتضائه الإذن لم يجز لأحد الشركاء التصرف فيه إلا مع إذن الباقين لحرمه التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و مجرد اشتراك المال لا يدل عليها و إن كان بالمزج الاختيارى المراد به حصول الشركه فإن حصل الإذن لأحدهم تصرف هو دون الباقين لحصولها بالنسبه إليه دونهم.

و لكن يقتصر من التصرف على ما أذن له فيه فإن أطلق له الاذن فى التصرف جاز، لأن الإطلاق فى ذلك غير مناف لعدم الضرر فيه و تصرف كيف شاء من وجوه التجاره و الاسترباح الغالبه المنزل عليها الإطلاق، لكن فى جامع المقاصد و المسالك تقييد ذلك بالمصلحه كالوكيل المطلق، فيتصرف حينئذ معها ببيع و شراع مرابحه و مساويه، و توليه، و مواضعه، و قبض و اقباض، و حواله و احتيال، و رد بالعيب و نحو ذلك.

نعم يقوى عدم جواز السفر له بالمال، لما فيه من الخطر المانع من الحكم بتناول الاذن له فيه، بل فى جامع المقاصد «و كذا لا يجوز مكاتبه عبد الشركه و لا إعتاقه على مال، و لا تزويجه و لا المحاباه بمال الشركه و لا إقراضه، و لا المضاربه و نحوه، لأن ذلك كله ليس من توابع التجاره الغالبه، أى المنزل عليها الإطلاق، نعم لو اقتضت المصلحه شيئا من ذلك و لم يتيسر استيذان الشريک جاز فعله».

قلت: لاحظ للفقيه فى حصر أنواع التصرف المستفاد من الإطلاق جواز فعلها للمأذون، ضروره الاختلاف فى ذلک زمانا و مكانا و حالا، إنما الكلام فى اعتبار المصلحه فى الجواز أو يكفى فيه عدم المفسده، وجهان لا يخلو ثانيهما من قوه و فيما ذكره من جواز فعل ما لم يتناوله الإطلاق مع اقتضاء المصلحه، و عدم تيسر اذن الشريک ضروره عدم كفايتها مع فرض عدم تناول الإطلاق، و دعوى شموله لها معها منافيه لاعتبار عدم تيسر إذن الشريک ضروره الجواز حينئذ بدونها و إن تيسرت، فالمتجه حينئذ الحكم بفضوليه كل ما لم يشمله الإطلاق، سواء كان فيه مصلحه أو لا، إلا ما يرجع منه إلى حكم الأمين من حيث كونه أمينا و الله العالم.

و لو عين له السفر فى جهه، لم يجز له الأخذ فى غيرها. أو نوعا من التجاره

لم يتعد إلى سواها سواء نهاه عن غيرها أم لا لأن عدم الاذن كاف فى عدم الجواز لكن لو خالف فى جهه السفر ضمن و صحت التجاره، لعدم بطلان الإذن بذلك، اللهم إلا أن يفرض تقييدها به، فيكون فضوليا حينئذ كما أنه لو خالف فى نوع التجاره كان كذلك أيضا و يضمن أيضا لو عين غايه للجهه التى قد أذن بالسفر إليها، فتجاوزها فى تلك الجهه، الا أن الظاهر كون الضمان فيها و فيما شابه ذلك إنما هو لو تلف بما لم يأذن له فيه، أو بغيره مما تضمن به الأمانه مع التعدى فيها، و لا ينافى ذلك بقاء الإذن فى التصرف، أما لو خسر مثلا فيما هو مأذون فيه فلا ضمان على الظاهر، للأصل.

و على كل حال فقد ظهر لك أنه لو أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه، جاز لهما التصرف و ان انفردا لإطلاق الاذن و عدم ما يدل على تقييدها بذلك نعم لو شرطا الاجتماع لم يجز الانفراد الذى لم يؤذن فيه و لو تعدى المتصرف ما حد له ضمن لقاعده اليد و غيرها. من غير فرق فى التعدى بين أن يكون لعدم تناول إطلاق الإذن أو لمخالفه خصوص ما نص عليه و فى المحدود بين أن يكون نوع التجاره و زمانها و مكانها و غير ذلك.

و لكل من الشركاء الرجوع فى الاذن الذى هو كالتوكيل و المطالبه بالقسمه لأنها غير لازمه على وجه يجب الاستدامه عليها، إذ

«الناس مسلطون على أموالهم»

بأنواع التسلط الذى منه إفرازه عن غيره، و فى المسالك جعل ذلك من المصنف إشاره إلى معنى الشركه: فإلى الثانيه التى هى العقد بقوله أولا، و لكل» إلى آخره و إلى الأولى التى هى من الاحكام بقوله «و المطالبه» إلى آخره، و هى غير لازمه بمعنييها، ثم قال: «و الأنسب فى قوله «غير لازمه» أن يكون إشاره إلى الثانيه لأن الموصوف بالجواز و اللزوم هو العقد».

قلت: لا يخفى على كل ناظر لكلام المصنف و غيره ممن ذكر نحو ذلك أنه لا شركه عنده بالمعنى الذى أثبتها هو، ضروره صراحه كلامهم فى أن ذلك كله من أحكام الأذن التى هى ليست من العقود قطعا، نحو الإذن فى دخول الدار، و أكل الطعام، بل لو جعلت عقدا فليست إلا وكاله لا شركه، نعم بناء على ما ذكرنا من العقديه

یراد بجوازها عدم وجوب الاستدامه علیها و ابطال کونها شرکه بالقسمه کما هو واضح.

هذا، و لکن ینبغی أن یعلم أنه بناء علی ثبوت عقد الشرکه للإذن فی التصرف یتجه انفساخه بقول أحدهما: فسخت الشرکه، لأنه عقد جائز فیرتفع العقد حینئذ من أصله بذلک، بخلاف ما لو قال أحدهما للآخر: عزلتک، فإنها لا تنفسخ بذلک، و إن انعزل المعزول بذلک، إلا أن العازل یبقی علی الاذن له فی التصرف، لاشتمال الشرکه علی ما هو کالوکالتین، و وقوع العزل عن أحدهما لا یقتضی العزل من الأخری.

و لعله إلی ذلک أشار فی التذکره بالفرق بین قول أحدهما فسخت العقد، و قوله عزلتک، فما وقع عن بعضهم من التأمل زاعما عدم الفرق بینهما فی غیر محله، و ذلک لوضوح الفرق باعتبار اقتضاء الفسخ رفع العقد من أصله، بخلاف العزل و نحوه الذی هو کالمانع من اقتضاء العقد أثره، و کذا لو وقع المنع عن التصرف لم یحتج إلی عقد جدید للشرکه، بخلاف ما لو فسخه فتأمل جیدا و الله العالم.

و لیس لأحدهما المطالبه بإقامه رأس المال، بل یقتسمان العین الموجوده ما لم یتفقا علی البیع لعدم تسلط أحدهما علی الآخر بالإقامه المزبوره بوجه من الوجوه کما هو واضح و لو شرط التأجیل فی الشرکه لم یصح علی وجه یترتب علیه أثره بحیث یکون لازما و لیس لأحدهما فسخها قبله، بل لکل منهما أن یرجع متی شاء لأنها عقد جائز، فلا یلزم مثل هذا الشرط فیه.

نعم فی المسالک «یترتب علی الشرط المزبور عدم جواز تصرفهما بعده إلا بإذن مستأنف، لعدم تناول الإذن له، فلشرط الأجل أثر فی الجمله».

قلت: کأنه أخذ ذلک مما فی المختلف قال: قال الشیخان: الشرکه بالتأجیل باطله و الظاهر أن مرادهما لیس البطلان من رأس، بل عدم اللزوم، و لهذا قال المفید عقیب ذلک: و لکل واحد من الشریکین فراق صاحبه أی وقت شاء و قال أبو الصلاح: و لا تأثیر للتأجیل فی عقد الشرکه و لکل شریک مفارقه شریکه أی وقت شاء، و إن کانت مؤجله، و العبارتان ردیتان، و التحقیق أن للتأجیل أثرا و هو منع

كل منهما عن التصرف بعده إلا بإذن مستأنف، و إن لم يكن له مدخل فى الامتناع من الشركه إذ لكل منهما الفسخ قبل الأجل» انتهى.

و لا يخفى عليك أن الأمر كما ذكراه فى اشتراط الأجل فى عقد الشركه الذى هو بمعنى الاذن فى التصرف الراجع إلى الوكاله، أما إذا كان اشتراطه فى عقد الشركه على المعنى الذى ذكرناه فلا ريب فى بطلانه، بمعنى عدم الأثر له أصلا إن أريد به الغايه للملك الحاصل بالعقد المزبور، و لا يجب الوفاء به إن أريد به الالتزام ببقائها إليه، لما عرفت من الإجماع على كونها عقدا جائزا بالنسبه إلى فسخها بالقسمه، فلا يلزم الشرط المزبور فيها، و لعل حمل كلام الشيخين و أبى الصلاح بل و المصنف على ذلك أولى، و لو قيل أن بطلانه على المعنى الأول يقتضى بطلان الشركه أيضا قلنا: هو كذلك، و لكن لما كان الامتزاج على أى وجه وقع يؤثر الشركه و لو فى الظاهر، لم يكن للحكم ببطلانها وجه إلا ما سمعته فتأمل جيدا و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال فى أنه لا يضمن الشريك ما تلف من مال الشركه الذى فى يده باذن الشريك من غير تعد و لا تفريط لأنه أمانه و من المعلوم نصا و فتوى أنها لا تضمن إلا مع التعدى أو التفريط فى الاحتفاظ و انه يقبل قوله مع يمينه فى دعوى التلف، سواء ادعى سببا ظاهرا كالغرق و الحرق أو خفيا كالسرقه لإطلاق الأدله خلافا لبعض العامه فأوجب البينه فى الأول.

و كذا من المعلوم أيضا بلا خلاف و لا إشكال أن القول قوله مع يمينه لو ادعى عليه الخيانه أو التفريط لكونه منكرا و البينه على المدعى و اليمين على من أنكر و يبطل الأذن بالجنون و الموت و الإغماء و غيرهما مما تبطل به العقود الجائزه كالحجر لسفه أو فلس و غير ذلك بخلاف أصل الشركه، فإنها لا تبطل بشى ء من ذلك، نعم ينتقل أمر القسمه إلى الوارث أو الولى أو غيرهما كما هو واضح.

[الفصل الثانی فی القسمه]

الفصل الثانی: فی القسمه و هی تمییز الحق لکل شریک من غیره و لا ریب فی أنها أمر برأسه لیست بیعا و لا صلحا و لا غیرهما سواء کان فیها رد أو لم یکن کما لا خلاف أجده فیه، بل و لا إشکال، ضروره عدم اعتبار قصد شی ء زائد علی مفهومها فی صحتها کضروره اختلافها مع البیع و الصلح و غیرهما فی اللوازم و الأحکام المقتضیه لاختلاف الملزومات، و حینئذ فلا شفعه فیها و لا خیار مجلس، و لا بطلان بالتفرق قبل القبض فیما یعتبر فیه فی البیع و لا غیر ذلک، خلافا لبعض العامه نعم هی لا تصح فی غیر قسمه الإجبار إلا باتفاق الشرکاء بلا خلاف أیضا و لا إشکال للأصل بل الأصول.

ثم هی بالنسبه إلی الإجبار علیها مع طلب أحد الشرکاء و عدمه تنقسم قسمین فکل ما لا ضرر فی قسمته علی أحد الشرکاء و لو من جهه الاحتیاج إلی رد یجبر الممتنع مع التماس الشریک (۱۱) أو ولیه القسمه (۱۲) بلا خلاف أجده فیه أیضا بل الظاهر الاتفاق علیه، و لعله العمده بعد قاعده وجوب إیصال الحق إلی مستحقه مع عدم الضرر و الضرار، و یکون (۱۳) الاقتسام بتعدیل السهام (۱۴) بالأجزاء إن کانت فی متساویها کیلا أو وزنا أو زرعا أو عدا بعدد الأنصباء، أو بالقیمه إن اختلفت کالأرض و الحیوان و القرعه (۱۵) بأن یکتب أسماء الشرکاء أو السهام کل فی رقعه و تصان و یؤمر من لم یطلع علی الحال بإخراج إحداها علی اسم أحد المتقاسمین أو أحد السهام، هذا إن اتفقت السهام قدرا، و لو اختلفت قسم علی أقل السهام، و جعل لها أول یعینه المتقاسمون، و إلا الحاکم و تکتب أسماؤهم، لا أسماء السهام حذرا من التفریق، فمن خرج اسمه أولا أخذ من الأول، و أکمل نصیبه منها علی الترتیب، ثم یخرج الثانی إن کانوا أکثر من اثنین، و هکذا و بذلک تتم القسمه من غیر حاجه إلی شی ء آخر من رضی بعده و غیره فی قسمه الإجبار و غیرها، بل و لا فی قسمه الرد إذا

كان القاسم فى الجميع منصوبا، أما إذا كانت من غيره و لو منصوبا منهما، فالمشهور على ما قيل الاحتياج إلى رضى بعد القرعه، خصوصا فى قسمه الرد لاشتمالها على المعاوضه المتوقفه على ما يدل على الرضا بذلك.

و قد يشكل أولا: بالاكتفاء بالرضا بالقرعه، و ثانيا: بفحوى الإكتفاء بها فى قسمه الإجبار، و فيما إذا كان القاسم منصوبا من الإمام، مع أنها فى الجميع كالمعاوضه التى يدعيها الخصم، و ثالثا بما دل من نصوص القرعه(۱)على كونها مميزه للحق، و مشخصه له، و ملزمه به، بل لعل ذلك هو حكمه مشروعيتها، و بذلك يخرج عن أصاله بقاء المال على الإشاعه.

إنما الكلام فى اعتبارها فى القسمه كما عن ظاهر كثير أو الجميع. نعم عن الأردبيلى الاكتفاء بالرضا من الشركاء بأخذ سهم (۲)لعموم تسلط الناس على أموالهم و لأنه من التجاره عن تراض، و أكل مال الغير بطيب نفسه، و فحوى

قوله عليه السلام (۳)«فى رجلين لم يدر كل منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما: لك ما عندك ولى ما عندى، لا بأس إذا تراضيا و طابت أنفسهما»

، ثم قال: و إن لم يكن ملكا فلا كلام فى جواز التصرف فيه، تصرف الملاك مثل ما قيل فى المعاطاه و العطايا و الهدايا و التحف و احتمال كونه حراما لكونه بعقد باطل، عمل المسلمين على خلافه، بل على الملك و تبعه المحدث البحرانى و أنكر العثور على القرعه فى شى ء من أخبار القسمه التى ذكروها هنا، و فى كتاب القضاء، بل قال: «ليس المقام فى شى ء من موارد نصوص القرعه و إنما غايه ما يدل عليه بعض أخبارها ك

قوله عليه السلام (۴)«ما تنازع قوم ففوضوا أمرهم إلى الله عز و جل إلا خرج منهم المحق»

الرجوع إليها عند التنازع، و أما

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى الحديث- ۱۱- و- ۱۸-.

۲- ۲ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحديث.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ۱-.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۳ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى الحديث- ۱۳-.

مع التراضی فلا أثر فی الأخبار لاعتبارها، و کان الشیخ و من تبعه تبع العامه فیها، و

فیما ذکروه من أحکام القسمه، بل ظاهر جمله من النصوص الاکتفاء بالرضا من دون قرعه ک

خبر غیاث (۱)«عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام فی رجلین بینهما مال: منه بأیدیهما و منه غائب عنهما، فاقتسما ما فی أیدیهما، و أحال کل واحد منهما نصیبه، فما اقتضی أحدهما فهو بینهما، و ما یذهب منهما»

و مثله خبر الثمالی (۲)عن أبی جعفر علیه السلام و خبر محمد بن مسلم (۳)عن أحدهما و صحیحا(۴)معاویه بن عمار و عبد الله بن سنان و خبر سلیمان بن خالد(۵)فان ظاهر الاقتسام لما فی أیدیهما ذلک.

قلت: قد یقال: بمنع صدق الاقتسام شرعا بعد فرض اعتبارها فیه، بناء علی ما حکاه عن الأصحاب علی المجرد عنها، فلا دلاله حینئذ بما فی النصوص المزبوره علی ما ذکره خصوصا بعد تعارف القرعه قدیما و حدیثا بین المتشرعه فی قسمه الأموال المشترکه.

بل قد یقال: إن تعریف القسمه بأنها تمییز الحقوق بعضها عن بعض یقتضی أن حصه الشریک کلی دائر بین مصادیق متعدده فمع فرض تراضی الشریکین مثلا علی قسمه المال نصفین، علی أن یکون نصف کل واحد منهما فی النصف المقسوم، احتیج إلی القرعه فی تشخیص کل من النصفین

لکل منهما، فهی حینئذ لإخراج المشتبه و المتردد، و هو محل القرعه لإشکاله، لا أن القرعه ناقل أو جزء ناقل، لاستحقاق کل من المالین إلی الآخر.

بل إن لم یکن إجماع أمکن القول بأن المراد من إشاعه الشرکه، دوران حق الشریک بین مصادیقه، لا أن المراد منها ثبوت استحقاق الشریکین فی کل جزء یفرض و إلا لأشکل تحققها فی الجزء الذی لا یتجزی من المال المشترک، و بذلک یتجه اعتبار القرعه فی القسمه بعد تعدیل السهام، و رضی الشریکین مثلا فی تعیین کلی مصداق استحقاقهما بالشخص الخارج، ضروره کونه حینئذ من مواردها بل لا یتحقق الاقتسام بدونها، لعدم کون المدار فیه رضاهما بأن ماله من الحق فیما فی ید شریکه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحکام الشرکه الحدیث- ۱- و ذیله و ۲ باختلاف یسیر.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحکام الشرکه الحدیث- ۱- و ذیله و ۲ باختلاف یسیر.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحکام الشرکه الحدیث- ۱- و ذیله و ۲ باختلاف یسیر.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحکام الشرکه الحدیث- ۱- و ذیله و ۲ باختلاف یسیر.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحکام الشرکه الحدیث- ۱- و ذیله و ۲ باختلاف یسیر.

هو عوض ما فی یده، کی تکون من قبیل المعاوضات، و إلا لم یعتبر فیها تعدیل السهام «لتسلط الناس علی أموالها» مع أن فاقده لیس من القسمه شرعا قطعا، و لأشکل أیضا قسمه الوقف من الطلق، و إلا لکانت بعض اجزاء الوقف طلقا، و الطلق وقفا، علی أن هذا الرضا بعد فرض عدم اندراجه فی عقد من العقود المملکه، کیف یکون سببا لنقل المال إلی الأخر، فضلا عن لزومه، و لیس فی القسمه عموم أو إطلاق یقتضی ذلک کی یکون حینئذ أمرا مستقلا برأسها، بخلافه علی ما ذکرنا، فإنه غیر محتاج إلی شی ء من ذلک ضروره الإکتفاء برضاهما فی تشخیص المصداق، و القرعه لاستخراج خصوص ما لکل منهما من المصداق المتردد واقعا، فتکشف حینئذ عن کون حقه فی الواقع ذلک، و لو لسبق علم الله تعالی بوقوعها علیه، و لا یحتاج بعد إلی عموم، أو عقد آخر یقتضی الملک أو اللزوم فتأمل جیدا فإنه دقیق نافع.

أو یقال: إن القرعه مشروعه للتعیین، کما شرع قبض المستحق من المستحق علیه فی الدین مثلا کذلک أو یقال: إن ملک الکلی فی الشرکه و غیرها یتحقق فی مصداق من مصادیقه فی علم الله تعالی شأنه لعدم تصور حصول صفه الملک بناء علی أنها کالصفات الخارجه فی الکلی الذی لا- وجود له إلا- بوجود أفراده، أو وجوده عین وجود أفراده، ضروره عدم قیام العرض إلا بجوهر، کضروره عدم تحقق الملک فی فرد غیر معین فی علم الله تعالی، و ذلک لا ینافی إجراء حکم الشرکه ظاهرا علی الافراد کما لا ینافی شرعیه القرعه لإخراجه، سواء انطبقت علیه أو لا، إذ هی میزان من الموازین الشرعیه فی الظاهر.

نعم لو قلنا بأن الملک و الکلیه و نحوهما من الأمور التی جعلت عنوانا فی الشرع و لیس لها وجود حقیقه، و لا- مشخصات کذلک، لم یتجه حینئذ ما ذکرناه، و یتعین ما قلناه سابقا من التعیین بالقرعه و الله العالم.

و مع الإغضاء عن ذلک کله یمکن الإکتفاء بظهور اتفاق الأصحاب علی اعتبار القرعه فی القسمه شرعا مؤیدا بتعارف ذلک بین عوام المتشرعه، فضلا عن خواصهم بل قد عرفت اعتبار الرضا بعد القرعه من بعضهم فی الجمله، و لا أقل من أن تکون

القرعه كالعقد فى اللزوم، و فاقدها كالمعاطاه، نحو ما سمعته من الأردبيلى، و أما احتمال عدم اعتبارها أصلا و أن التراضى كاف فى الانتقال و اللزوم، فلا ينبغى الإصغاء إليه بوجه من الوجوه، هذا كله بناء على ما حكاه عنهم، و إلا فقد يقال: إن مراد الأصحاب اعتبار القرعه حال عدم التراضى لأنها العدل بينهما؟

أما مع فرض التراضى منهما فلا بأس كما يومى إليه قول المصنف أما لو أراد أحد الشركاء التخيير، فالقسمه جائزه لكن لا يجبر الممتنع عنها ضروره صراحه ذلك فى مشروعيه القسمه بدونها، و أن الفرق بينها و بين الاولى جبر الممتنع عنها دونها، و أصرح منه ما فى اللمعه فى القسمه فى القضاء، «و إذا عدلت السهام و اتفقا على اختصاص كل واحد بسهم، لزم، و إلا أقرع» و فى الروضه فى شرحها «لزم من غير قرعه، لصدق القسمه مع التراضى الموجبه لتميز الحق، و لا فرق بين قسمه الرد و غيرها، و الا يتفقا على الاختصاص أقرع» و هو صريح فى عدم اعتبارها فى أصل القسمه إلا حال عدم التراضى، و المحدث البحرانى قد صرح باعتبار القرعه حينئذ، و عدمها مع التراضى، و هو عين ما سمعته منهم، فما أدرى أين محل إنكاره.

نعم قد يناقش فى أصل الإكتفاء بالرضا فى اللزوم بما ذكرناه أولا، و تسمع إنشاء الله تمام البحث فى ذلك و غيره فى كتاب القضاء.

بقى الكلام فى الجبر على القسمه و عدمه، و حاصل البحث فيه أنك قد عرفت جبر الممتنع عنها فى كل ما لا ضرر فيها على أحدهما لما سمعت و كل ما فى قسمت ه ضرر عليهما كالجوهر و السيف و العضائد الضيقه قال فى الصحاح:

اعضاد كل شى ء ما يشيد حواليه من البناء و غيره كاعضاد الحوض، و هى حجاره تنصب حول شفيره، و كذلك عضادتا الباب: و هما خشبتاه من جانبيه.

و على كل حال فما كان نحو ذلك لا يجوز قسمته بمعنى أنه لا يجبر الممتنع عنها، لقاعده نفى الضرر و الضرار، و النهى عن السرف و التبذير، و تلف المال فى غير الفرض الصحيح، لكن فى المتن هنا لا يجوز و لو اتفق الشركاء على القسمه و مقتضاه عدم المشروعيه أصلا و فيه: أنه مناف لقاعده «تسلط الناس على أموالها» و

السفه قد يرتفع بالغرض الصحيح، على أنه هو فى كتاب القضاء فسر الضرر المانع من القسمه بنقص القيمه، لا خروج المال عن الانتفاع، و لا ريب فى عدم منع المالك من التصرف فيه و إن استلزم نقصا فاحشا فى المال و أيضا فالإثم بذلك لا ينافى صحه القسمه شرعا، كل ذلك مع أنه مناف لما قيل: من وجوب الإجابه فيما لو فرض ضرر القسمه على أحدهما خاصه، و كان الطالب لها المتضرر، قال فى الدروس «و لو تضرر أحد الشريكين دون الأخر أجبر غير المتضرر بطلب الأخر دون العكس» لكن قال: «و فى المبسوط لا- يجبر أحدهما مما يتضرر الطالب، و هذا حسن إن فسر التضرر بعدم الانتفاع، و إن فسر بنقص القيمه فالأول أحسن» و كأنه لحظ إمكان فرض الغرض الواقع للسفه على تقدير التفسير بالنقص بخلافه على الأخر، ثم إن الظاهر ما صرح به فى الدروس و اللمعه و الروضه و غيرها من عدم وجوب الإجابه إلى المهاياه أى قسمه المنفعه بالأجزاء، أو بالزمان، كأن يسكن أو يزرع هذا الجزء المعين بل فى الأخير سواء كان مما يصح قسمته إجبارا أم لا، و أنه لا يلزم الوفاء بها لو أجاب إليها فيجوز لكل منهما فسخها، و حينئذ فلو استوفى أحدهما ففسخ الأخر أو هو، كان عليه أجره حصه الشريك، و لو رجع بعد استيفاء كل منهما مدته فلا- شى ء له، إلا- مع التراضى كما فى كشف اللثام، و ظاهر الجميع خروجها عن حكم المعاطاه، و صيرورتها كالمقاوله الوعديه، إلا أنه لا يخلو من نظر فى الجمله هذا.

لكن قد يقال فيما إذا كانت قسمته ممتنعه: إنه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر و يؤجره عليهما إن كان له أجره، جمعا بين الحقين و صونا للمال عن التلف، و جبرا للضرر كما صرح به فى الدروس، و لعل ذلك من السياسات، بناء على أن للحاكم ذلك و نحوه، و حينئذ لا ينحصر الأمر فى ذلك، فله حينئذ بيعه عليهم، مع كونه مقتضاها، كما عن بعض العامه من كون ذلك وجها، أما مع قطع النظر عنها فالمتجه ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع، و عدم إمكان القسمه و انتفاء المهاياه، لأصلى عدم الوجوب، و عدم صحه البيع عليهم.

و على كل حال فقد ذكروا فى الضرر المانع من الإجبار على القسمه أقوالا

ثلاثه: أولها: أنه عباره عن نقصان العين أو القيمه، نقصانا لا يتسامح فيه عاده، لأن فوات الماليه مناط الضرر فى الأموال، فيندرج حينئذ فى قاعده «لا ضرر و لا ضرار» مؤيده بأصاله عدم القسمه الشرعيه السالمه عن معارضه إطلاق أو عموم تقتضيها، و بذلك و غيره ترجح على قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه الطالب له.

ثانيها: أنه عباره عن عدم الانتفاع بالمال أصلا.

ثالثها: عدم الانتفاع به منفردا كما كان ينتفع به مع الشركه، مثل أن يكون بينهما دار صغيره إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعا ضيقا لا ينتفع به فى السكنى، و إن أمكن الانتفاع به فى غير ذلك.

و لا يخفى عليك ما فى الثانى و الثالث ضروره اقتضاء قاعده نفى الضرر و الضرار الأعم من أولهما، و قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه الطالب له ما ينافى ثانيهما، فتعين حينئذ تفسيره بالأول، و لو فرض الضرر على أحدهما بالقسمه، و الآخر بعدمها، فزع إلى الترجيح، و مع فرض التساوى إلى القرعه، هذا كله فى الضرر الناشى من حيث كونها كذلك.

أما الضرر الخارج عنها المترتب على حصولها ففى مساواته للضرر منها و عدمه وجهان، و المتولى للجبر فى مقامه الحاكم، أو أمينه، بل الظاهر قيام العدول هنا مقامه مع تعذره، و لو تعذر الجبر قسم الحاكم، بل لعل ذلك كذلك بمجرد امتناعه، كما ذكرناه فى نظائره بل الظاهر قيام الحاكم مقامه مع غيبته و طلب الشريك القسمه، خصوصا مع تضرره بعدمها، بل ربما احتمل أو قيل: بقيام الشريك مقام شريكه بها مع فرض منع ظالم له، و إراده قبض حقه فينوى الشريك حينئذ القسمه مع الغاصب، و تكون قسمه، لكنه كما ترى. و قد تقدم لنا سابقا البحث فى ذلك.

و كيف كان ف لا يقسم الوقف و إن كان مشتركا بين أربابه، بلا خلاف أجده فيه، لأن الحق ليس بمنحصر فى المتقاسمين و لا ولايه للمتولى على ذلك نعم لو كان الملك الواحد وقفا و طلقا صح قسمته، لأنه تمييز للوقف عن غيره

و ظاهره عدم الفرق فی ذلک بین تعدد الواقف و اتحاده، و تعدد المصرف و اتحاده، کما صرح به فی الدروس قال: «و یجوز قسمه الوقف من الطلق لا الوقف، و إن تعدد الواقف و المصرف» بل فی القواعد «و لا یصح قسمه الوقف لعدم انحصار المستحق فی القاسم، و إن تغایر الواقف ای مع تغایر الموقوف علیه أو بدونه، کأن یقف أحد الشریکین فی هذه البستان حصته علی زید و أولاده و الأخر حصته علیهم أو علی عمرو و أولاده».

لکن فی الحدائق الموافقه علی ذلک مع اتحاد الموقوف علیه، سواء تعدد الواقف أو اتحد قال: «و أما لو تعدد الواقف و الموقوف علیه بأن کانت الدار مشترکه بین زید و عمرو نصفین مثلا، فوقف زید نصفه علی ذریته، و عمرو نصفه علی ذریته، فإنه یجوز للموقوف علیهم من الطرفین قسمه هذا الوقف. بأن یمیز أحد النصفین عن الأخر، کما یمیز الوقف عن الطلق» و قد سبقه إلی ذلک الفاضل فی محکی التحریر قال: «و لو قیل:

بقسمه الوقف بعضه من بعض مطلقا، أمکن إذ القسمه لیست بیعا، و الأقرب عدم جوازها، إذ البطن الثانی یأخذ الوقف عن الواقف، و لا یلزمه ما فعل البطن الأول، و لو تعدد الواقف و الموقوف علیه فالأقرب جواز القسمه» انتهی.

و فیه: أن المانع أیضا متحقق، و هو عدم انحصار الحق فی الحاضرین، و عدم ثبوت ولایه المتولی علی المعدومین بالنسبه إلی ذلک، لکن الإنصاف أن ذلک یقتضی عدم جواز قسمه الوقف من الطلق، باعتبار عدم انحصار الحق فی القاسمین مع ذی الطلق و احتمال أن القاسم معه الواقف- مع أن مثله یأتی فی الفرض- یدفعه خروج المال عن ملکه بالوقف، فلا حق له حینئذ کما لو باعه.

فالتحقیق أن الوقف متی کانت قسمته منافیه لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قله و کثره و نحو ذلک لم یجز قسمته، أما إذا لم یکن کذلک کما فی المثال، بل فیما لو اتحد الواقف و تعدد المصرف، مثل ما لو وقف نصف داره علی زید مثلا و ذریته و الآخر علی عمرو و ذریته لم یکن بأس فی قسمته، إلا أن المتولی لها الحاضرون من الموقوف علیهم، و ولی البطون و لیس ذلک مقتضیا لدخول بعض أجزاء کل نصف

فی الآخر و إلا لاقتضی ذلک فی الطلق و الوقف و إنما هی تمییز أو أن نحو ذلک یغتفر فیها، و بذلک یظهر ما فی الذی حکیناه عن الشهید فی الدروس، و أما إطلاق المصنف و نحوه فیمکن تنزیله علی غیر ما سمعته من الصوره بل قد یقال بجواز القسمه فی مقام یجوز البیع، ضروره أولویتها منه، قال فی التحریر «و لو أشرف علی الهلاک و اقتضت المصلحه قسمته فالوجه الجواز، کما أجزنا البیع حینئذ» ثم إن الظاهر مشروعیه قسمه الوقف من الطلق، و إن استلزمت ردا من الموقوف علیه، لکن هل تکون الأجزاء المقابله للرد وقفا أو ملکا وجهان: أقواهما الثانی.

نعم لو کان الرد عوض وصف کالجوده و الرداءه، اتجه کونه حینئذ وقفا، کما صرح به فی القواعد و غیرها،: قال: «و لو کان بعض الملک طلقا صحت قسمته مع الوقف و إن اتحد المالک، و لو تضمنت ردا جاز من صاحب الوقف خاصه، فإن کان فی مقابله الوصف فالجمیع وقف و الله العالم و یأتی إنشاء الله الکلام فی غیر ذلک من أحکام القسمه، فإن المصنف و غیره قد أطنبوا فیها فی کتاب القضاء و الله المؤید و المسدد.

[الفصل الثالث فی لواحق هذا الباب و هی مسائل]

اشاره

الفصل الثالث فی لواحق هذا الباب.

و هی مسائل:

[المسأله لأولی لو دفع إنسان دابه مثلا و آخر راویه إلی سقاء علی الاشتراک فی الحاصل لم تنعقد الشرکه]

الأولی لو دفع إنسان دابه مثلا و آخر راویه إلی سقاء علی الاشتراک فی الحاصل، لم تنعقد الشرکه قطعا، لأنها مرکبه من شرکه الأبدان و الأموال مع عدم المزج، و الکل باطل و فی محکی المبسوط و لا یمکن أن یکون إجاره، لأن الأجره فیها غیر معلومه ف کان ما یحصل حینئذ للسقاء علیه أجره مثل الدابه و الراویه و قیل: إنهم یقتسمون أثلاثا، و یکون لکل واحد منهم علی صاحبیه ثلثا أجره ماله و نفسه، و یسقط الثلث لأن ثلث النفع حصل له، و فی الناس من حمل الوجه الأول علی أنه إذا کان السقاء یأخذ الماء من ملکه، و الثانی

على أنه إذا أخـذه من ماء مباح، و هـذا ليس بشـى ء لأنه إذا أخـذه من موضع مباح فقد ملكه، و الوجهان قريبان، و يكون الأول على وجه الصلح، و الثانى مر فيه الحكم، بل فى المختلف أن ما قر به الشيخ قريب».

قلت: و لعـل مراد الشـيخ أنه يمكن أن يكون الأول على وجه الصـلح إذا أراده أما مع عـدمها فمر الحكم فيه، الثانى (۱)الذى هو الموافق للضوابـط و على كـل حـال فتحقيق هـذه المسأله و مسأله الاحتطاب الآتيه و ما شابهها من المسائل مبنى على التحقيق فى أن الوكـاله فى حيـازه المباحـات جـائزه أو لا؟ الظاهر الأول خلافا لما تسـمعه من المصـنف فى كتاب الوكاله، و من أن التملك بالحيازه مفتقر إلى نيه الملك بها أو الى عدم نيه عدم الملك، أو كونه للغير كما تسمع البحث فيه إنشاء الله.

و حينئـذ فصاحب الراويه و الـدابه إن كانا قد وكلا السـقاء فى الحيازه لهما أو امرأه بذلك مثلا و قد حازه بنيتهما مع نفسه، اتجه حينئـذ شـركه الجميع بالمـاء، و كان لكل منهم ثلثا الأجره على الآخرين، فإن تساوت لم يرجع أحـدهم على الآخر بشـى ء، و إلا رجع بالتفاوت، فلو فرض كون الماء مثلا بيع بأربعه و عشـرين، و كان أجره مثل السـقاء خمسه عشـر، و الدابه اثنى عشر، و القربه ثلاثه، كان للسـقاء منها ثلاثه عشر، و لصاحب الدابه عشره، و لصاحب القربه واحد، و ربما تكون أجره المثل أزيد من الحاصل، و لذا احتمل بعض أن له أقل الأمرين من الحصه و أجره المثل، إلا أنه كما ترى.

و إن لم يكن ثم توكيل و قد حازه بنيه الجميع، و لم نقل بجريان الفضوليه فى نحوه، أو لم تحصل الإجازه، أشكل ملكه له أيضا بناء على اعتبار نيه الملك فى الحيازه، ضـروره كون الفرض نيه الملك للغير معه، فضـلا عن نيه التملك، بل حينئـذ هو باق على الإباحه الأصليه، يملكه إذا جدد النيه.

نعم لو قلنـا بالملـك قهرا حتى مع نيه الملك للغير التى فرضـناها، اتجه حينئـذ كونه ملكا له، و من ذلك يظهر لك ما فى إطلاق المصنف الذى تبعه عليه الفاضل فى القواعد

۱- ۱ هكذا فى النسخ و لعل الصحيح« و الثانى هو الموافق للضوابط».

خصوصا مع تردده الآتی، و لذا ناقشه الکرکی بنحو ذلک.

و کیف کان فلو دفع إلیه دابه مثلا لیحمل علیه مال غیره مثلا بالأجره، و الحاصل لهما فالشرکه باطله قطعا لما عرفت.

لکن إن کان العامل قد آجر الدابه فالأجر لمالکها کما فی القواعد و جامع المقاصد، و فی الأخیر و علیه أجره مثل العامل، و إن کان الحاصل یفی بأجره مثل الدابه و العامل فذاک، و إن قصر تحاصا کل علی قدر أجره مثله، سواء کان ذلک بسؤال العامل، أو سؤال المالک، أو سؤالهما، و فی القواعد «تحاصا إن کان بسؤال العامل، و إلا فالجمیع» و عن الشهید احتمال وجوب أقل الأمرین من الحصه المشروطه، و الحاصله بالتحاص، و وجوب الأقل إن کان بسؤال العامل و الأکثر إن کان بسؤال المالک.

لکن لا- یخفی علیک قوه ما ذکرناه أولا، لأن الفرض حصول الرضا، منهما معا بذلک، سواء کان بسؤال المالک أو العامل أو بسؤالهما معا نعم قد یشکل الحکم بأن الأجره لمالک الدابه، مع أنه لم یصدر منه إلا الأذن بتلک المعامله الفاسده، فینبغی حینئذ أن تکون إجارتها من الفضولی، اللهم إلا- أن یقال بالاکتفاء بهذه الإذن کما تسمع نظیره فی القراض، هذا کله إذا آجر عین الدابه.

أما إذا تقبل حمل شی ء فی ذمته ثم استعمل الدابه فیه، فالأجره المسماه حینئذ له، و علیه أجره المثل للدابه بالغه ما بلغت کما فی القواعد و جامع المقاصد، بل فی الأخیرین و لو آجر نفسه للحمل علی هذه الدابه بکذا، اتجه أن یکون الأجره المسماه له، و لمالک الدابه أجره المثل، فتأمل، فإنه قد یجری بعض الکلام السابق أو جمیعه هنا، کما أنه لا یخفی علیک الإشکال فی أصل المسأله، ضروره إمکان صحتها علی الضوابط و إن زعما حصول الشرکه العنانیه بذلک فإنه زعم خارج.

و حینئذ یکون المسمی المقابل لمنفعه الدابه، و عمل العامل لهما معا یقسم فیما بینهما علی حسب اجره مثلهما، کما لو استوجرا مثلا علی هذا الوجه، اما لو فرض وقوع ذلک علی وجه الشرکه الباطله، فلا وجه لاختصاص المالک بأجره

الـدابه المفروض كونهـا فى مقابـل الـدابه و العمـل، كمـا لا وجه للتحاص فى الحاصل ضـروره ثبوت اجره المثل فى الـذمه على المسـتوفى، لا فى خصوص الحاصل المفروض حصوله بالمعامله الفاسـده. فالتحقيق الرجوع فى المسأله و نظائرها إلى ما تقتضـيه القواعد العامه التى منها يعلم أيضا ما ذكره فى الجامع أخيرا.

و لو كان من واحد دكان، و من الآخر رحى، و من ثالث بغل، و من رابع عمل على أن يكون الحاصل بينهم، فلا ريب فى بطلان الشـركه، ثم إن كان عقـد اجره طحن الطعام من واحـد، و لم يذكر أصـحابه حتى فى النيه ففى القواعد و جامع المقاصد «الأجره المسـمى له، و عليه اجره المثل لأصحابه، و إن نواهم أو ذكرهم على وجه التزموا بطحنه أرباعا، فالأجر بينهم أرباعا، و يرجع كل واحد منهم على كل واحد من أصـحابه بربع أجره مثله إذ هو كما لو استأجر الجميع على طحن هذا الطعام بكذا، فان الأجر بينهم أرباعا لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الأجره، و يرجع كل واحد منهم على كل واحد بربع أجره مثل العمل الصادر منه أو من دابه و منفعه دكانه.

نعم لو اسـتأجر الـدكان و البغل و الرحى و الرجل بكـذا لطحن كـذا فالأجر بينهم على قـدر أجر مثلهم، لكل واحـد من المسـمى بقـدر حصـته، نحو مـا لو بـاع المـالين مثلاـ لرجلين بثمن واحـد، لكن لا يخفى عليك جريان ما ذكرناه سابقا من الفضوليه، بل و جريـان بعض مـا ذكروه من الكلام السابق من التحاص فى المسـمى، و نحوه إلا أن تفصـيل الكلام فى ذلك محتاج إلى إطناب تام لا يسعه المقام و إن كان هو لا يخفى على الضابط لقواعد الفقه العامه المحيط مما أسلفنا و ما يأتى لنا.

[المسأله الثانيه و هى ما لو حاش صيدا أو احتطب أو احتش بنيه أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النيه]

و كيف كـان فممـا ذكرنـاه سابقـا يظهر لك الحال فيما ذكره المصـنف فى المسأله الثانيه و هى ما لو حاش صـيدا أو احتطب أو احتش بنيه أنه له و لغيره، لم تؤثر تلك النيه و كان ما جمعه له خاصه ضـروره أنك قد عرفت اعتبار عدم التوكيل، بل و الإجاره فى عـدم تـأثير النيه و إلاـ كـان تأثيرهـا الملـك للغير، و يمكن أن يكون المصـنف بنى ذلك على اختياره عـدم قبول مثل ذلك الوكاله.

نعم جزمه بـأن مـا جمعه له خـاصه مبنى على مـا سـمعت من أن المباح يملك بمجرد الحيازه، و لا عبره بالنيه و إن كانت للغير و لكن من الغريب ذلـك منه مع قوله متصـلا به و هـل يفتقر المحيز فى تملـك المباح إلى نيه التملك؟ قيل: لا و فيه تردد و نحوه وقع للفاضل فى القواعـد اللهم إلا أن يقال: المعتبر فى الحيازه من النيه على القول بها نيه أصل الملك، بمعنى عدم كون الحيازه لغرض آخر غير أصـل الملـك، و لاـ ريب فى أن نيه أصـل الملك متحققه فيما نحن فيه، و إنما فقـد كونه له باعتبار فرض كون القصد له و لغيره فلا ينافى حينئذ الجزم بالملك، و التردد فى اعتبار النيه، ضـروره كون المحوز له على التقديرين، أما على القول بكونهـا من السـبب القهرى حتى مع النيه للغير فواضـح، و أمـا على الثـانى فـالنيه لأصـل الملك محققه، و إن لم يقع للغير، لعـدم التوكيل و الإجاره، أو لعدم مشروعيتهما.

و كيف كان فقد قيل فى وجه التردد: من أن اليد و السـلطنه سـبب فى الملك، و لهذا تجوز الشـهاده بمجرد اليد من دون توقف على أمر آخر، و لأن الحيازه سـبب لحصول الملك للمباح فى الجمله قطعا بالاتفاق، لأن أقصى ما يقول المشترط للنيه أنها سبب نـاقص، فحصول الملـك بهـا فى الجمله أمر محقق، و اشتراط النيه لاـ دليـل عليه، فينفى بالأصل، و معارضه ذلك- بأصاله عـدم حصول الملك للمباح إلا بالنيه- تقتضى تساقطهما فيبقى سببيه اليد من غير معارض.

و من أنه قد تكرر فى فتوى الأصـحاب أن ما يوجد فى جوف السـمكه مما يكون فى البحر يملكه المشترى، و لا يجب دفعه إلى البائع.

و أيـد الأول فى جامع المقاصـد بأنه «لو اشترطت فى حصول الملك لم يصـح البيع قبلها، لانتفاء الملك، و الثانى معلوم البطلان، لإطباق الناس على فعله فى كل عصر من غير توقف على العلم بحصول النيه، حتى لو تنازعا فى كون العقد الواقع بينهما، أ هو بيع أو استنقاذ لعدم نيه الملك، لا يلتفت إلى قول من يدعى الاستنقاذ.

ثم حكى عن فخر المحققين أنه أورد ذلك على والده العلامه، فأجاب عنه بأن إراده البيع تستلزم نيه التملك، و اعترضه بأنه إنما يتم فيمن حاز و تولى هو

البیع، أما إذا تولاه وارثه الذی لا یعلم بالحال أو وکیله المفوض إلیه جمیع أموره التی منها بیع ما حازه من المباحات لم ینـدفع السؤال، قال: «و یرد علیه أیضا أن حیازه الصبی و المجنون علی ما ذکره یجب أن لا تثمر ملکا جزما، لعدم العلم بالنیه و عدم الاعتداد بأخبارهما، خصوصا المجنون، و لو خلف میت ترکه فیها ما علم سبق کونه مباح الأصل، و لم یعلم نیه التملک، لا یجب علی الوارث تسلیمها فی الدین و الوصیه، و إلا صح عدم اشتراطها».

قلت: لا- یخفی علیک ما فی جمیع هذا الکلام، ضروره أن الوجه الأول من التردد إن أرید به أن السلطنه و الید فیما نحن فیه سبب فی الملک کان مصادره محضه و إن أرید به أن ذلک سبب فی الحکم بالملک کما هو مقتضی ما ذکره من التعلیل کان خروجا عما نحن فیه، و ذلک لأن الحکم بملکیه ما فی الید لسبب من أسبابها لا یقتضی کونها هی نفسها سببا، و هو محل البحث، و تعارض الأصلین- بعد تسلیم کون الأول منهما أصلا معتمدا به- و إن اقتضی تساقطهما، لکن دعوی بقاء سببیه الید بحالها لا معارض لها واضحه الفساد، لعدم دلیل یقتضی ذلک علی وجه یجدی فیما نحن فیه.

و أما الوجه الثانی، فیمکن المناقشه فیه أولا: بمنع أن ما فی بطن السمکه مما لا یعد جزء لها و لا کالجزء، مثل غذائها یعد محوزا بحیازتها، و لو سلم فأقصی ما یلزم اشتراطه إما القصد إلی المحوز بالحیازه، أو الشعور به و لو تبعا، أما نیه التملک فلا.

و أما التأیید ففیه أن اطباق الناس الذی ذکره إنما یفید الحکم بملکیه ما فی الید، لحصول سببه، لا أنه یقتضی کونها سببا فی الملک و إن علمنا تجرده عن النیه و منه یعلم ما فی مناقشته بما لو خلف میت ترکه إلی آخره، بل و بما ذکره من الصبی و المجنون، باعتبار إمکان الحکم بملکیه ما فی أیدیهما أیضا من غیر حاجه إلی أخبارهما، و المراد بنیه التملک عند القائل بها هی القصد بالحیازه، و دخول المحوز تحت الید و السلطنه العرفیه، فیتبعها الملک الشرعی، بل قد یقال إن المباحات هی

ملک لکافه الناس، لقوله تعالی (۱)«خَلَقَ لَکُمْ ما فِی الْأَرْضِ» و الحائز بحیازته یسبق إلی الخصوصیه نحو ملک شخص الفقیر لشخص الزکاه المملوکه جنسا لجنس الفقراء و حینئذ فالمراد بفاقد النیه غیر المقصود بالحیازه للإدخال تحت الحوزه و السلطنه، کمن حول ترابا عن طریق أو حجرا و نحو ذلک مریدا التمکن من عبوره، أو قطع غصن شجره مباحه عن مکان یرید السکنی فیه، و نحو ذلک مما لا یرید إدخاله تحت حوزته، فإنه بذلک لا یدخل فی ملکه، و لا یمنع من أخذه، و لا یخرج عن أصل الإباحه، و کذا من حفر بئرا فی المباح لمجرد الارتفاق، کما عن الشیخ المحکی عنه اعتبار النیه، قال فی باب إحیاء الموات من المبسوط: «إذا نزل قوم موضعا من الموات فحفروا فیه بئرا یشربوا منها، و یسقوا غنمهم و مواشیهم منها مده مقامهم، و لم یقصدوا الملک بالإحیاء، فإنهم لا یملکونها بالاحیاء، لأن المحیی إنما یملک بالإحیاء إذا

قصد تملکه» و هو کالصریح فیما ذکرناه من نیه التملک.

بل یمکن من ذلک أن یکون النزاع لفظیا، فإن القائل بعدم اعتبارها إنما یرید الإکتفاء بقصد الحیازه، و إدخال المحوز تحت الحوزه و السلطنه العرفیه، لا أنه یقول بالملک قهرا کالإرث، و إن لم یقصد بالحیازه ذلک، ضروره عدم کون ذلک حیازه عند التحقیق، و حینئذ یتجه حصول أثرها فی المجنون و الصبی الممیز مع فرض حصول قصدها منهما کما صرح به بعضهم بل ظاهر الفخر و غیره المفروغیه منه بل هو مقتضی السیره و الطریقه سیما فی الصبی، و بذلک و نحوه یترجح ما یقتضی ترتب الملک بها علی ما دل علی عدمه من

قوله علیه السلام (۲)«لا یجوز أمره»

و نحوه مما یقتضی سلب المجنون و الصبی عن التملک الاختیاری، و لو بالافعال التی منها الحیازه و الالتقاط.

و بالتأمل فیما ذکرناه یظهر لک ما فی کلام جمله من الأعیان منهم الکرکی

۱- ۱ سوره البقره الآیه- ۲۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب أحکام الحجر الحدیث- ۱.

و غیره، بل لو قلنا بعدم لفظیه النزاع کان وجه التردد فی المتن و غیره دعوی ظهور

قوله علیه السلام (۱)«من أحیا أرضا میته فهی له»

الـذی هو کـالقول بـأن من حـاز شـیئا فهو له فی الملکیه قهرا، و أنه من بـاب الأسـباب، فلاـ تعتبر النیه، و من کون المراد بـذلک القصـد بالإحیاء و الحیازه إلی دخول المحوز تحت الحوزه، و السـلطنه، بل لا یعـد غیره حیازه فاعتبرت النیه بهـذا المعنی، و لعل الأقوی ذلک، کما أن الأقوی عدم اعتبارها ان أرید بها إنشاء قصد التملک الذی یمکن دعوی السیره بل الضروره علی خلافه، و ربما یأتی لذلک مزید تحقیق فی محله إنشاء الله، فإن البحث عن ذلک انما ذکر استطرادا و الله العالم المؤید.

[المسأله الثالثه لو کان بینهما مال بالسویه فأذن أحدهما خاصه لصاحبه فی التصرف علی أن یکون الربح بینهما نصفین لم یکن قراضا]

المسأله الثالثه: لو کان بینهما مال بالسویه فأذن أحدهما خاصه لصاحبه فی التصـرف بالمال المشترک علی أن یکون الربح بینهما نصـفین، لم یکن قراضا، لأنه لا شرکه للعامل فی مکسب مال الآمر و هو حقیقه القراض، إذ المفروض کون المال بینهما نصفین، فنصف الربـح الـذی یسـتحقه، انما هو لکونه شـریکا فی المال، و لا شـی ء له من الربح زائدا علی ذلک فی مال الآمر کی یکون قراضا و لا شـرکه اصطلاحیه و ان حصل الامتزاج فی المال، لعدم کون العمل منهما بل لا یکون المال فی ید العامل إلا بضاعه و ذلـک لأـن حصه الشـریک مـال مبعوث للتجـاره فی یـد الوکیـل قال فی الصـحاح: البضاعه طائفه من المال تبعثها للتجاره، تقول أبضـعته و استبضـعته: أی جعلته بضـاعه، و فی المثـل کمسـتبضع تمرا الی هجر، و بنحو ذلک صـرح فی القواعـد، لکن لا یخفی علیک بناؤه علی اعتبار العمل منهما فی الشـرکه، و قـد عرفت البحث فیه سابقا کما أنک عرفت الحال فیما لو شـرط التفاوت فی الربح مع التساوی فی المالین و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا اشتری أحد الشریکین متاعا فادعی الآخر أنه اشتراه لهما و أنکر فالقول قول المشتری]

المسأله الرابعه: إذا اشتری أحد الشـریکین متاعا، فادعی الآخر أنه اشتراه لهما و أنکر فلا إشکال و لا خلاف ف ی أن القول قول المشتری مع یمینه، لأنه أبصر بنیته و (۱۱) کذا لو ادعی أنه اشتری لهما، فأنکر الشریک ف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب إحیاء الموات الحدیث- ۱.

إن القول أيضا قوله بيمينه لمثل ما قلناه من كونه أبصر بنيته بعد فرض كونه أمينا، بل لو ادعى عليه التصريح فى العقد بكون الشراء للشركه مثلا أمكن تقديم قوله لان الاختلاف فى فعله، و لان ظاهر يده يقتضى الملک.

نعم لو قال كان مال الشركه و خلص لى بالقسمه، كان القول قول الآخر فى إنكار القسمه بيمينه، كما هو واضح.

[المسأله الخامسه لو باع أحد الشريكين سلعه بينهما و هو وكيل فى القبض فادعى المشترى تسليم الثمن إلى البائع و صدقه الشريک برء المشترى من حقه]

المسأله الخامسه: لو باع أحد الشريكين سلعه بينهما، و هو وكيل فى البيع و القبض للثمن عن صاحبه فادعى المشترى تسليم الثمن أجمع إلى البائع الذى هو الوكيل و صدقه الشريک الموكل برء المشترى من حقه قطعا، لاعترافه بالوصول الى وكيله على القبض و هو الشريک البائع، بل لو وقعت الدعوى بين المشترى و البائع قبلت شهادته (۱۱) أى الشريک المصدق إذا كان عدلا على القابض فى النصف الآخر (۱۲) الراجع اليه و هو حصه البائع لارتفاع التهمه عنه (۱۳) بجر النفع إليه فى ذلک القدر (۱۴) لكن إذا كانت شهادته التى أداها بوصول حقه اليه، أما إذا كانت بوصول جميع الثمن اليه، و الفرض عدم قبولها بما يرجع اليه، لكونه مدعيا صرفا، و لجر النفع إليه فى ذلک أمكن عدم قبولها أيضا فى حق البائع، بناء على أن الشهاده متى ردت فى البعض ردت فى غيره، و ان كان لنا فيه نظر، بل ظاهر الفاضل فى قواعده القبول، بل لعله ظاهر المتن هنا أيضا، لو لا قوله فيما يأتى: و المنع فى المسألتين أشبه.

نعم لو تقدمت خصومه الشريک مع شريكه البائع على الخصومه بينه و بين المشترى، أمكن حينئذ ردها للخصومه حينئذ، بناء على قدحها فى الشهاده، و بهذا يظهر لک ان هنا خصومتين إحداهما بين البائع و المشترى، و الثانيه بين الشريكين، فان تقدمت الاولى فطالب البائع المشترى بنصيبه من الثمن، فادعى الأداء و اقام البينه- لو كان أحد أجزائها الشريک المقر على الوجه الذى عرفت- برء من الحقين بالإقرار و البينه، و ان لم تكن له بينه حلف البائع أنه لم يقبض، فيستحق أخذ نصيبه، و لا يشاركه فيه الآذن، لأن إقراره بقبض البائع أولا يقتضى ان يكون ما

قبضه ثانيـا بيمينه ظلما، فإن نكل عن اليمين ردت على المشترى، فإذا حلف أنه أقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبه فإن نكل الزم بنصيب البائع فقط، لأصاله بقاء الثمن فى ذمته، كما هو واضح.

ثم ان كان المشترى قد أقام البينه بإقباضه البائع جميع الثمن، كان للآذن المطالبه بحصـته قطعا، اما إذا كان ذلك بشاهد و يمين، أو باليمين المردوده فلا، و ان قلنا انها كالبينه، لأنها كذلك فى حق المتخاصمين فيما تخاصما فيه، لا مطلقا.

نعم للشـريك حينئـذ إحلاـف البـائع على عـدم قبض حصـته فـان نكـل حلف الآـذن اليمين المردوده، و أخـذ منه، و ليس للبائع الرجوع بذلك على المشترى، و لا مخاصمته لانه بزعمه ظالم.

و ربما نوقش بان ذلك لا يسقط حق الدعوى، بعد ان كان وكيلا عن الشريك فى القبض، و قد اغرم للموكل حصته.

و يدفعها ان اعتراف الشريك بقبض البائع يقتضى انعزاله بفعل متعلق الوكاله بل يقتضى سقوط حق الدعوى له على المشترى.

و فى جـامع المقاصـد «انه يمكن ان ينظر بوجه آخر، و هو ان البـائع قـد ادى عن المشترى بـأمر الحاكم فله الرجوع، و يجاب بان ذلـك انما هو مع تحقق الـدين و هنا قـد برء المشترى منه بإقرار الآذن، و يمكن ان يقال: ان إقراره انما ينفـذ فى حقه، لا فى حق البـائع، و نحن لاـ نلزم المشترى بالـدين جزمـا، ليكون ذلـك متوقفـا على ثبوته، و انما تجوز له المخاصـمه، و الطلب على تقـدير الثبوت».

قلت: فيه ما لا يخفى من عـدم الحق للبائع، بعد اعتراف صاحب الحق انه لا حق للبائع على المشترى، فكيف تتصور المطالبه بحق يعترف صاحبه بسقوطه.

نعم قد يقال: ان له المقاصه مع إمكانها، من غير فرق بين هذا الحق و غيره، فتأمل جيدا.

ثم اعلم ان نكـول البـائع فى خصومه المشـترى لاـ يمنع من حلفه فى خصومه الشـريک، لأنهـا خصومه اخرى، و بـالعكس، و قد عرفت ان اليمين المردوده كالإقرار

أو كالبينه فى حق المتخاصـمين لا مطلقا، هـذا فيما إذا تقدمت خصومه البائع مع المشترى، اما إذا تقدمت خصومته مع الشـريک فالحكم كما عرفت، غير ان شـهاده الشـريک حينئذ على البائع فى الخصومه مع المشترى يشكل قبولها بما عرفت، و اما المشترى فعلى كـل حـال لا تقبل شـهادته، لانه مـدع و لعل المصـنف انما يتعرض للصورتين نظرا الى عـدم وجود كثير فرق، أو الى عـدم قبولها على التقديرين لما عرفت، هذا كله فيما لو ادعى المشترى التسليم الى البائع.

اما لو ادعى تسـليمه الى الشـريک الاذن فصـدقه البائع و كان قد اذن له فى ذلک فالحكم كما عرفت. نعم إذا لم يكن مأذونا من البـائع لم يبرء المشترى من شـى ء من الثمن، لأـن حصه البـائع لم تسـلم اليه و لاـ الى وكيله فيجب عليه دفعهـا له من غير يمين و الفرض ان الشـريک ينكره فكـان القول قوله مع يمينه، فـإذا حلف أدى المشترى جميع الثمن و لكن قيـل تقبـل شـهاده البائع هنا على الشـريک فى وصـول حقـه اليه، كمـا قبلت شـهاده الشـريک عليه فى المسـأله السـابقه، لعـدم التهمه، باعتبـار بقـاء حقه عند المشترى، و فيه أن التهمه هنا باعتبار إراده استقلاله بما يأخذه من المشترى، إذ الشريک له مشاركته فيما يأخذه منه، لكون الثمن مشتركا بينهما.

و من هنا قال المصـنف المنع فى المسألتين أشبه (۱۱) بأصول المذهب و قواعده و إن كنت قد عرفت تفصـيل الحال فى المسأله. نعم لو فرض انـدفاعها هنـا من هـذه الجهه بـإبراء البـائع و نحوه، اتجه القبول، و ممـا ذكرنـا لـک سابقـا يظهر لـک الوجه هنا فى الخصومتين، بل الظاهر توجه اليمين هنا على الشـريک مرتين، إحداهما للمشترى بأنه لم يقبض منه شيئا، و الثانيه إذا أراد الشركه مع البائع فيما أخـذه من المشترى لأنه يـدعى عليه وصول حقه اليه، و لا يسـقط هـذا اليمين عنه باليمين فى خصومته مع المشترى التى هى خصومه أخرى، و لا يرجع البائع على المشترى بما أخذه منه الشريک لاعترافه بكونه ظالما له فيه، كما هو واضح.

[المسأله السادسه لو باع اثنان عبدين كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده صفقه بثمن واحد مع تفاوت قيمتهما قيل يصح]

المسأله السادسه: لو باع اثنان عبدين، كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده

صفقه بثمن واحد، مع تفاوت قیمتهما قیل: یصح البیع و یکون الثمن مشترکا بینهما علی نسبه قیمه مالیهما، للأصل السالم عن معارضه الجهاله بالثمن، لعدم الدلیل علی اعتبار العلم أزید من ذلک، و هو العلم بمجموع الثمن، و قد حصل، أما حال الأجزاء فیکفی حینئذ مقابله جمیع الثمن لجمیع المبیع، و استواء نسبه الملاک إلی الأبعاض، و کذا لو آجرا أنفسهما صفقه بأجره معینه و قیل: یبطل لأن الصفقه تجری مجری عقدین، فیکون ثمن کل واحد منهما مجهولا لکن فیه ما عرفت کما أوضحنا ذلک فی کتاب البیع.

أما لو کان العبدان لهما علی الشرکه أو کانا لواحد جاز بلا خلاف و لا إشکال بل و کذا لو کان لکل واحد قفیز من حنطه مثلا متساویه القیمه علی انفراده فباعاهما صفقه، لانقسام الثمن علیهما بالسویه فلا جهاله حینئذ کما هو واضح.

[المسأله السابعه شرکه الأبدان باطله فإن تمیزت أجره عمل أحدهما عن صاحبه اختص بها]

المسأله السابعه: قد بینا أن شرکه الأبدان باطله فلو وقعت و آجرا أنفسهما مثلا بعنوان الشرکه فإن تمیزت أجره عمل أحدهما عن صاحبه بالتسمیه اختص بها و لا یشارکه الآخر فیها لما عرفت من بطلان عقد الشرکه، و إن اشتبهت کأن لم یسم لأحدهما أجره مخصوصه، قسم حاصلهما علی قدر أجره مثل عملهما، و أعطی کل واحد منهما ما قابل أجره مثل عمله (۱۱) نحو ما سمعته فی بیع المالین المتفاوتین بالقیمه بثمن واحد، کما هو واضح.

لکن فی المسالک «فی المسأله وجهان آخران، ذکرهما العلامه، أحدهما:

تساویهما فی الحاصل من غیر نظر إلی العمل، لأصاله عدم زیاده أحدهما علی الآخر، و أن الأصل مع الاشتراک التساوی، و لصدق العمل علی کل واحد منهما، و الأصل عدم زیاده أحد العملین علی الآخر، و الحاصل أنه تابع للعمل، و یضعف بمنع کون الأصل فی المال و العمل التساوی، و الثانی: الرجوع إلی الصلح لان به یقین البراءه کما فی کل مال مشتبه، و لا شبهه فی أنه أولی مع اتفاقهما علیه، و إلا فما اختاره المصنف أعدل من التسویه».

قلت: لا یخفی علیک أن مفروض المسأله فی المتن لا تأتی فیه الوجوه الثلاثه،

بل ليس فيه إلا الوجه الذى ذكره المصنف، و ذلك لان صريح العباره أو كصريحها كون العمل من كل منهما معلوما، إلا أنه لم يكن بأجره مسماه، و إنما سميت الأجره لمجموع العملين بعنوان شركه الأبدان من الأجيرين، و هذه ليس فيها بعد فرض صحه الإجاره إلا التوزيع على أجره مثل عمليهما، نحو بيع المالين المنفردين لشخصين الذى تقدم الكلام فيه سابقا.

و قد ذكرها العلامه سابقا على هذه المسأله فقال: «و لو باعا بثمن واحد، أو عملا بأجره واحده تثبت الشركه، سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا، و لكل منهما بقدر النسبه من القيمه» و مفروض العلامه فى القواعد ليس فيه إلا وجهين التساوى بالأجره و الأصح الصلح، و هو ما إذا لم يتميز عمل كل منهما، قال: «و إذا تميز عمل الصانع عن صاحبه اختص بأجرته، و مع الاشتباه يحتمل التساوى و الصلح»، و مراده أنه مع تمييز العمل يختص بالأجره، و لو ما يخصه من التوزيع، أما مع اشتباه العمل ففيه الاحتمالان، و كان وجه الأول منهما اجتماع الأجرتين معا فى ذلك الحاصل، لانه الفرض، و الأصل عدم زياده أحدهما على الآخر و لأن الأصل مع الاشتراك التساوى.

و لكن فيه أن الأصل المذكور ممنوع هنا، فإن زياده مال شخص على آخر و نقصانه أو مساواته له ليس أصلا، إذ لا رجحان لأحدهما على الآخر، لا بحسب العاده و لا فى نفس الأمر و إنما يتحقق فى مثل ما إذا اشتركا فى السبب المملك، كما لو أقر لهما بملكيه شى ء، أو أوصى لهما أو وقف عليهما، فإن السبب المملك لهما هو الإقرار و الوصيه و الوقف، و الأصل عدمها، بخلاف ما نحن فيه، فإن العمل الصادر من أحدهما غير الصادر من الآخر، و استواءهما و تفاوتهما على حد سواء بالنسبه إلى النفى بالأصل، فليس حينئذ إلا الصلح، كما فى كل مالين امتزجا، و جهل قدر كل منهما، بل لعل ذلك كذلك حتى لو تميز عمل أحدهما، و جهل الآخر، أو تميز بعض عمل كل منهما، و جهل الباقى، و بالجمله متى جهلت النسبه بين العملين، اللهم إلا أن يقال: إن التساوى هو الراجح منهما، فيكون كالأصل، لان فضله كالأمر العدمى، لكن لنا فى ذلك نظر ذكرناه فى محله، و على كل حال فهو غير موضوع

ما ذكره المصنف المصنف من العمل المتميز و الله العالم.

[المسأله الثامنه إذا باع الشريكان مثلا سلعه بينهما صفقه ثم استوفى أحدهما منه شيئا شاركه الآخر فيه]

المسأله الثامنه: إذا باع الشريكان مثلا سلعه بينهما صفقه ثم استوفى أحدهما منه شيئا و لو بنيه أنه له شاركه الآخر فيه كما فى كل دين مشترك بين اثنين فصاعدا، و ذلك لان كل جزء منه مشاع بينهما، فإن ما فى الذمه إنما يخالف الشخصى الخارجى فى الكليه و الجزئيه، أما الإشاعه فهما على حد سواء فيها.

ف

فى المرسل عن أبى حمزه(۱)قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما، و منه غائب عنهما، فاقتسما الذى بأيديهما، و أحال كل منهما نصيبه من

الغائب، فاقتضى أحدهما، و لم يقتض الآخر، قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله».

و مثله

خبر غياث (۲)«عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام، إلا أنه قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، و ما يذهب بينهما»

و كذا خبر محمد بن مسلم (۳)عن أحدهما عليه السلام، و معاويه بن عمار(۴).

و

فى خبر عبد الله بن سنان (۵)عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن رجلين بينهما مال، منه دين و منه عين، فاقتسما العين و الدين، فتوى الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه، و خرج الذى للآخر أ يرده على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله».

لكن هذه النصوص بل و المتن و ما شابهه مشتمله على الجزم بالشركه، و ما ذاك إلا لحصول الإذن من الشريك بالقبض، و لو لزعم القسمه الفاسده و نحوها، و حينئذ يتجه الجزم بشركه المقبوض، إنما الكلام فيما إذا أقبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون إذن شريكه، و قد ذكر غير واحد من الأصحاب، بل نسب إلى المشهور أن للشريك مشاركه الآخر فيما قبض، و له مطالبه الغريم بمقدار حصته، فيكون قدر الحصه فى يد القابض، كقبض الفضول

إن أجازه ملكه، و تبعه النماء، و إن رده ملكه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ۱ و ذيله- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ۱ و ذيله- ۲.

٣- ٣ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١ و ذيله- ٢.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١ و ذيله- ٢.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١ و ذيله- ٢.

القابض، و يكون مضمونا عليه على التقديرين، و لو تلف قبل اختيار الشريك كما فى المسالك، بل فى التذكره التصريح فى تعين حقه به، و لا يضمنه للشريك، و قد أطنب فى المسالك فى تحقيق ذلك، و أنه من الفضولى، و أن ذلك هو المراد من قولهم تخير الشريك بين الرجوع على الغريم، و بين الشركه فيما قبضه شريكه.

و الجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد الشرعيه، و ذلك لانه و إن اتجهت الشركه مع إجازه القبض لهما، بناء على تأثير مثل هذه الإجازه فى مثله، و إن كان فيه إشكال أو منع من وجوه، بل لم نجده فى المقام لغير ثانى الشهيدين، لكن اختصاص القابض و ملكه مع عدمها لا وجه له، بل المتجه حينئذ بقاؤه على ملك الدافع، و ذلك لان القابض ليس له إلا نصف المال المشاع بينه و بين شريكه، و مع فرض عدم إجازه الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركه، و نيه الدافع أنه مقدار حصه القابض لا تنفع فى ذلك و إن وافقتها نيه القابض، بل لو رضى الشريك بكون ذلك حصه للقابض، و ما فى ذمه الغريم حصه له، لم يجد، لعدم صحه مثل هذه القسمه.

و دعوى- جوازها لكنها مراعاه بقبضه، فإن حصل تمت، و إلا رجع على القابض، و شاركه فيما قبضه- تهجس بلا دليل، بل هو مخالف للمعروف من عدم صحه قسمه الدين، و للمعلوم من أنه مع عدم إجازه القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركه لا يكون كذلك، فكيف يعود إليه بعد عدم القبض، و حينئذ فإن لم يكن ثمه إجماع أشكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه، بعد عدم الإجازه، بل و لا بعضه اللهم إلا أن يقال: إنه برضا الشريك يكون المقبوض حصه للقابض بتمحض المقبوض مالا للشركه، بل هو فى الحقيقه إجازه لذلك.

نعم جعله حصه له، لا يتم قسمه إلا بقبض الشريك مقابله، على وجه يقع الرضا منهما معا بأن لكل منهما ما فى يده، فمع فرض عدمه يبقى ذلك المال المقبوض على الشركه، فله الرجوع عليه، و أخذ نصيبه منه، إذ لم يدخل فى ملك القابض، و ذلك الرضا الذى وقع من الشريك أولا يكون ما قبضه حصه له، لا يفيده تمليكا مع احتماله، لكن على جهه التزلزل، إلا أن الأقوى خلافه، و إن كان ذلك كله

كما ترى.

و على كل حال فمما ذكرنا يظهر لك ضعف ما عن ابن إدريس من اختصاص كل من الشريكين بما يستوفيه من حقه، و لا يلحقه الآخر فيه، لان اشتراك الدين فى الذمه لا يمنع من تعيين حق واحد فى معين.

و لان لكل واحد أن يبرء الغريم من حقه، و يصالح منه على شى ء، بحيث إذا استوفى شريكه لم يلحقه فيه.

و لان متعلق الشركه بينهما هو العين، و قد ذهبت، و لم يبق لهما إلا دين فى ذمته، فإذا أخذ أحدهما نصيبه لم يكن قد أخذ عينا من أعيان الشركه، فلا يشاركه الآخر فيما أخذ.

و لان ما فى الذمه لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله، و المفروض ليس منه، و ذلك لان الشريك لم يقبض إلا لنفسه.

و لأنه إن وجب الأداء بالمطالبه بحقه وجب أن لا يكون للشريك فيه حق، لكن المقدم حق بالاتفاق، فالتالى مثله، و ذلك لان وجوب الأداء بالمطالبه بحصه الشريك فرع التمكن من تسليمها، لاستحاله التكليف بالممتنع، فإذا ثبت تمكنه من دفعها- على أنها للشريك- و دفعها كذلك امتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حق.

و لانه لو كان للشريك فى المدفوع حق، لزم وجه قبح، و هو تسلط الشخص على قبض مال غيره بغير اذن.

و لانه لو كان كذلك لوجب أن يبرء الغريم من مقدار حقه من المدفوع، لاستحاله بقاء الدين فى الذمه، مع صحه قبض عوضه، لكن التالى باطل عندهم، لكونهم يحكمون بأنه مخير فى الأخذ من أيهما شاء.

و لانه لو نهاه الشريك عن قبض حقه، فإن تمكن من المطالبه بحصته، وجب أن لا يكون للشريك فيها حق، و إلا امتنع أخذ حقه بمنع الشريك إياه من القبض.

و لان المقبوض إما أن يكون مالا مشتركا، أو لا، فإن كان مشتركا وجب على

تقدير تلفه أن يتلف منهما، كسائر أموال الشركه، و تبرء ذمه الغريم منه، و إلا لم يكن للشريک فيه حق.

و قد مال إلى ذلک فى جامع المقاصد، فقال: «و لا يخفى أن بعض هذه الوجوه فى غايه القوه و المتانه، و الروايات لا تقاومها، مع أنها قابله للتأويل فمختار ابن إدريس قوى متين، كما اعترف به المصنف فى المختلف، و إن كان الوقوف مع المشهور أولى» و تبعه على ذلک ثانى الشهيدين.

إلاـ أن الجميع كما ترى، بعد التأمل الجيد فيما ذكرنا، مع قطع النظر عن النصوص إذ الأول مصادره محضه، خصوصا بعد ما عرفت من تحقق الإشاعه فى العين كليه كانت أو شخصيه.

و إبراء أحدهما الغريم أو الصلح معه بشى ء يمحض الباقى للشريک الآخر، فإن الإبراء يتعلق بالمشاع على إشاعته، و كذا الصلح، فمع فرض حصولهما و عدم تصور ملک الشخص على نفسه ليتمحض الباقى للشريک الآخر، و قد ذكر طرق متعدده لاختصاص كل منهما بما يأخذه إذا أراد، إلا أنه خروج عن مفروض المسأله.

و الثالث: أيضا مصادره محضه كما عرفت.

و الرابع: مبنى على ملک الشريک لما قبضه الآخر قهرا، و القائل لا يلتزمه بل يشترطه بالإجازه على الوجه الذى سمعت.

و الخامس: بعد تسليم ان له المطالبه منفردا، و وجوب الأداء له لا يقتضى ما ذكره الخصم، بل يمكن أن يكون و لو بالجمع مع شريكه، أو بتعين حقه بأحد الوجوه المعينه له عن صاحبه، بصلح و نحوه.

و السادس قد عرفت توقف الحق على الإجازه فلا جهه قبح فيه.

و السابع: مع الإجازه، لا إشكال فى الإبراء و التخيير إنما هو فى الإجازه و عدمها كما عرفت ذلک مفصلا، أو فى القسمه على الوجه الذى ذكرناه، على ان التخيير المزبور لم أجده فى الخلاف و النهايه و الوسيله بل الموجود شارک مثل عباره المتن و ما شابهها و ظاهرهم تعين الشركه، و ليس ذلک إلا للاذن للشريک فى القبض،

فإنه يكون حينئذ مالا ـ للشركه و إن نوى لنفسه، بل لو أذن له الشريك فى القبض لنفسه فقبض يكون أيضا مشتركا، لمعلوميه كون القيد لغوا لعدم إمكانه، و النصوص المزبوره محموله على الإذن، فلا يقدح عموم ما اقتضى أحدهما، لما عرفت، و فى الوفاء بغير الجنس وجهان، و مثله المقاصه به لنفسه، أما المقاصه بالجنس فكالوفاء به.

و الثامن: قد عرفت الجواب عنه بما عن الخامس، كما أن التاسع يعرف ما فيه مما تقدم فى السابع و غيره، فمن الغريب دعوى المتانه فى هذه الوجوه التى هى واضحه الفساد، و التحقيق ما عرفت. نعم لكل منهما طرق فى الاختصاص لو اراده، كالصلح و التأجيل المقتضى للافراز بعقد لازم مثلا، و الضمان و الحواله، و الشراء بها شيئا و نحو ذلك مما لا ينافى التصرف بها على الإشاعه كما أوضحنا ذلك كله فى محله و الله العالم.

[المسأله التاسعه إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مده معينه صحت الإجاره]

المسأله التاسعه: إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مده معينه صحت الإجاره لعموم أدلتها الشامل لذلك و يملك المستأجر ما يحصل من ذلك فى تلك المده لأنه نماء عمله المملوك له، فهو فى الحقيقه كالعبد المملوك الذى يكون لسيده.

نعم قد يشكل ذلك بأنه لا يتم بناء على عدم قبول هذه الأشياء للنيابه الذى صرح به المصنف فى كتاب الوكاله و أنه يملكها المحيز و إن نواها للغير كما سمعته منه هنا، مع التردد فى اعتبار النيه، و من هنا صرح فى جامع المقاصد بأنه إذا جوزنا التوكيل فى هذه جوزنا الإجاره عليه، و إن منعناه منعنا الإجاره، حاكيا له عن صريح التذكره قال: «و ظاهر الشرائع فى كتاب الشركه صحه الاستيجار مطلقا نظرا إلى أنه بالإجاره تصير منافع الأجير مملوكه للمستأجر، فيملك ما حازه، و يضعف بأنه على القول بعدم صحه التوكيل فى الحيازه لا يتصور صحه الإجاره».

قلت: قد يمنع التلازم و يكون حينئذ ملك المباح فى الفرض من توابع ملك العمل بالإجاره و هو غير التملك بالنيابه فى الحيازه فتأمل جيدا و الأمر سهل عندنا بعد ما عرفت أن المختار عندنا صحه التوكيل، و اعتبار النيه بالمعنى الذى أسلفناه

هذا كله لو ضبط العمل بالمده.

و أما لو استأجره لصيد شى ء بعينه لم يصح، لعدم الثقه بحصوله غالبا بناء على اشتراط ذلك فيها، كما عرفت نظيره فى البيع و تعرف تمامه فى كتاب الإجاره و الله الموفق و المعين.

[كتاب المضاربه]

اشاره

كتاب المضاربه من الضرب في الأرض، لضرب العامل فيها للتجاره، و ابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكان الضرب مسبب عنهما، طردا لباب المفاعله في طرفي الفاعل، أو من ضرب كل منهما في الربح بسهم، أو لما فيه من ضرب المال و تقليبه، كذا قيل و لعل الاولى من ذلك في تحقق المفاعله ضرب كل منهما فيما هو للآخر من المال و العمل، و يقال: للعامل مضارب، بكسر الراء، لأنه الذي يضرب في الأرض.

و لم نعثر على اشتقاق أهل اللغه اسما لرب المال من المضاربه التي هي لغه أهل العراق، فأما أهل الحجاز فيسمونه قراضا، من القرض بمعنى القطع الذي منه المقراض، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعه، و سلمها للعامل الذي أقطع له قطعه من الربح، أو من المقارضه بمعنى المساواه و الموازنه، يقال: «تقارض الشاعران» إذا وازن كل منهما الآخر بشعره، و منه «قارض الناس، ما قارضوك، فإن تركتهم لم يتركوك» بمعنى ساوهم فيما يقولون، و لما كان العمل من العامل و المال من المالك فقد تساويا و توازنا، أو لاشتراكهما في الربح و تساويهما في أصل استحقاقه، و إن اختلفا في كميته، و يقال للعامل هنا: مقارض بالفتح، و للمالك بالكسر، و الأمر في ذلك كله سهل، لعدم الثمره المعتد بها على ذلك.

إنما الكلام فيما ذكره في المسالك، تبعا للتذكره، قال: «و اعلم ان من دفع إلى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو إما أن يشترطا كون الربح بينهما أو لأحدهما أو لا يشترطا شيئا: فإن شرطاه بينهما فهو قراض، و ان شرطاه للعامل، فهو قرض، و إن شرطاه للمالك فهو بضاعه، و ان لم يشترطا شيئا فكذلك إلا أن للعامل أجره المثل».

و فيه منع تحقق القرض مع فرض صدور ذلک بعنوان المضاربه إذ أقصاه كونها من القسم الفاسد، لا انها من القرض المحتاج إلى إنشاء تمليک المال بعوض فى الذمه و قصد كون الربح للعامل أعم من ذلک، و إن كان هو من اللوازم الشرعيه لملک المال و دعوى الاكتفاء بقصد ذلک فى تحققه لفحوى

الصحيح (۱)«عن أبى جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام من ضمن تاجرا فليس له إلا رأس ماله و ليس له من الربح شى ء»

و الموثق (۲)عن أبى جعفر عليه السلام «من ضمن مضاربه فليس له إلا رأس المال، و ليس له من الربح شى ء»

إذ كما أن التضمين من لوازم القرض، فكذا الاختصاص بالربح- يدفعها أن المتجه- بعد تسليم مضمونهما، و عدم رجحان معارضهما عليهما- الاقتصار على ذلک فيما خالف الضوابط الشرعيه، و لو فرض عدم إراده الفاضل، و الشهيد ذلک بل مرادهما أن الدفع المجرد عن عنوان خاص يقتضى الحكم عليه بذلک، كان فيه أيضا منع تحقق القرض شرعا و عرفا بذلک، لما عرفت، و أصاله الصحه لا تصلح قرينه على صرف الظاهر، مع أنه لا يتم فى المعلوم خلوه عن هذا القصد نعم يمكن إرادتهما بيان حال كل من القراض، و القرض، و البضاعه فى حد ذاته، الا أن المراد تحققه على الوجه المزبور، و حينئذ يخرج عما نحن فيه.

ثم إن ظاهر العباره المزبوره الفرق بين فردى البضاعه، باستحقاق الأجر فى الثانى دون الأول الذى نسب عدم الأجر فيه إلى ظاهر الأصحاب فى الرياض، بل قال: «هو حسن، إن لم يكن هناک قرينه من عرف أو عاده بلزومه، و إلا فالمتجه لزومه».

قلت: لا يخفى عليک عدم وضوح الفرق بينهما، إذ التصريح فى الأول منهما بكون الربح بأجمعه للمالک، أعم من التبرع بالعمل، و

عدم إراده الأجر عليه، فالتحقيق حينئذ عدم الفرق بينهما، و أن العامل يستحق الأجر فيهما، و قيام احتمال التبرع- ما لم يعلم منه اراده التبرع- لا يدفع أصاله احترام عمل المسلم المأذون فيه من المالک، فضلا عن الواقع بأمره و اعترافه، من غير فرق فى ذلک بين الوقوع بصوره

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام المضاربه الحديث- ۱- و ذيله.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام المضاربه الحديث- ۱- و ذيله.

المضاربه و غيرها ما لم يعلم منه اراده التبرع، و لا بين كون العامل من المعدين لأخذ الأجره، كالسمسار و نحوه و غيره، مع فرض كون العمل مما له أجره فى العاده، بل مقتضى الأصل المزبور استحقاق الأجره على العمل المأذون فيه، و إن لم ينو العامل الرجوع بها، بل يكفى عدم قصده التبرع.

و لعله إلى ذلك أشار الفاضل المقداد فى شرح النافع قال فى البضاعه: «فإن قال أى المالك مع ذلك لا اجره لك، فهو توكيل فى الاسترباح من غير رجوع عليه بأجره و إن قال: و لك أجره كذا، فإن عين عملا مضبوطا بالمده أو العمل فذاك إجاره، و إن لم يعين فجعاله، و إن سكت، فإن تبرع العامل بالعمل، فلا أجره له، و إن لم يتبرع و كان ذلك الفعل له أجره عرفا، فله أجره مثله».

و من ذلك يعرف ما فى كلام الرياض الذى حكيناه عنه، بل و فيما ذكره سابقا فى دفع إشكال استحقاق الأجره فلاحظ و تأمل.

و كيف كان فقد علم مما ذكرنا أن المضاربه دفع الإنسان إلى غيره مالا ليعمل فيه بحصه من ربحه، و لكن يتبعها أحكام عقود كالوكاله و الوديعه و الشركه، و غيرها كالغصب و أجره المثل و نحوها، و الظاهر أنه المراد مما فى المسالك من أن عقد القراض مركب من عقود كثيره، لأن العامل- مع صحه العقد و عدم ظهور ربح- و دعى أمين، و مع ظهوره شريك، و مع التعدى غاصب، و فى تصرفه وكيل، و مع فساد العقد أجير، لا أن المراد إنشاء هذه العقود بإنشاء عقدها، و إلا كان محلا للنظر، مضافا إلى ما فى ذكر الغصب و أجره المثل، و الشركه فى الربح فى العقود.

و على كل حال ف هو أى تمام البحث فى كتاب المضاربه يستدعى بيان أمور أربعه:

[الأمر الأول فى العقد]

الأول: فى العقد الذى جعله فى التذكره و القواعد من أركان هذه المعامله، بل صرح فى التذكره بأنه لا بد فيها من لفظ يدل على الرضا، و ظاهرهما أو صريحهما كغيرهما عدم مشروعيه ما يشبه المعاطاه فى البيع منها، و هو و إن كان موافقا لأصاله عدم ملك العامل الحصه من الربح، إلا أنه مخالف لما دل على جوازها فى البيع مما هو مشترك بينه و بين المقام و غيره من السيره المستمره، و صدق الاسم عرفا

و تجاره عن تراض، و نحو ذلک مما هو کاف فی المشروعیه، و فی تخصیص نحو

قوله علیه السلام (۱)«إنما یحلل الکلام، و یحرم الکلام».

فالمتجه بناء علی ذلک مشروعیتها کذلک، و إن لم یکن المرکب من الإیجاب و القبول فعلیین من عقدها، و عدم الثمره المترتبه بین معاطاتها و عقدها لجواز الفسخ فیهما، لا ینافی الحکم بمشروعیتها علی الوجه المزبور، و إن کان قد سلف منا فی البیع خلاف ذلک کله، فلاحظ.

و علی کل حال فلا خلاف فی اعتبار اللفظ فی إیجاب عقدها، و إن کان لا یتعین فیه لفظ مخصوص، بل یکفی فیه کل لفظ دال علی إنشاء الرضا بها مستعمل فی ذلک علی النهج الصحیح، لانه المتعارف فی کیفیه عقدها، بل قد عرفت فیما مضی قوه الإکتفاء بذلک فی العقود اللازمه، فضلا عن الجائزه.

أما القبول ففی التذکره، و جامع المقاصد، و الروضه الاکتفاء فیه بالفعل فی تحقق العقد، خلافا لظاهر الفاضل فی القواعد و غیره، بل صرح به بعض العامه، بل فی الریاض بعد أن حکی عن التذکره ذلک، و أنه یظهر منها عدم الخلاف بیننا فیه، و فی الإکتفاء فی الإیجاب و القبول بکل لفظ، قال: «فإن تم و إلا فالأولی خلافه اقتصارا فیما خالف الأصل الدال علی أن الربح تابع للمال، و للعامل أجره المثل، المنطبق مع المضاربه تاره، و المتخلف عنها أخری علی المتیقن، و لعله لذا اعتبر فیها التواصل بین الإیجاب و القبول، و التنجیز و عدم التعلیق علی شرط أو صفه، و هو حسن علی ما حققناه.

و لکن علی ما ذکره- من الاکتفاء بالفعل فی طرف القبول، و بکل لفظ فیه و فی طرف الإیجاب بناء علی جواز العقد- مشکل، و سؤال الفرق بینه و بین اعتباره إیاهما متجه، و کأنه أخذ ذلک أو بعضه من جامع المقاصد، فإنه بعد أن حکی عن التذکره اعتبار التواصل، قال: و فیه نظر، لأن ذلک معتبر فی العقود اللازمه خاصه، دون الجائزه من الطرفین، و سیأتی التصریح بذلک فی الوکاله».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب عقد البیع و شروطه الحدیث- ۳.

قلت: لا يخفى عليك ما فى ذلك كله، بناء على تحقق المضاربه فى المركب من الفعلين إيجابا و قبولا، فضلا عن محل الفرض، و أقصاه أنه لا يكون عقد مضاربه، و إلا فهو مشروع يترتب عليه أحكام المضاربه، مع أنه يمكن القول بتحقق العقد أيضا بالقبول الفعلى، بناء على تعارف عقدها بذلك بين المشرعه، و مثله كاف فى ذلك لكن لا ثمره مهمه هنا بعد فرض المشروعيه بين كون هذه الكيفيه عقدا أو لا، لما سمعته من عدم الفرق بينهما فى الجواز، و غيره من أحكامها.

نعم بناء على عدم مشروعيه التعاطى فيها يتجه حينئذ البحث فى القرض، و لعل المانع فيه مستظهر ما لم يثبت تعارف كيفيه عقدها بذلك، لكن قد عرفت التحقيق إن لم يكن ثم إجماع بخلافه، و دونه خرط القتاد، و إن كان كثير من كلماتهم تفيد الناظر فيها تشويشا على نحو ما فى بعض كتب العامه.

أما غير ذلك مما يعتبر فى غيرها من العقود، كالتواصل و التنجيز فيبقى على مقتضى ما دل على اعتباره، الذى لا فرق فيه بين الجائز و اللازم، ضروره كونه من كيفيات العقد، و التوسع فى العقود الجائزه بالنسبه إلى الاكتفاء فى إيجابها مثلا بكل لفظ، لا يقتضى التوسع فيها بالنسبه إلى ذلك، و ثبوته فى الوكاله للدليل، لا يقتضى الثبوت فى غيرها، بعد حرمه القياس، هذا كله فى التواصل أما التنجيز فلا ريب فى اعتباره، لاتحاد الطريق فيها و فى العقد اللازم كما حققناه فى محله. و الله العالم.

و كيف كان ف هو جائز من الطرفين، لكل واحد منهما فسخه، سواء نض المال بأن صار دراهم أو دنانير أو كان به عروض بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، و هو الحجه فى الخروج عن قاعده اللزوم. لكن ذكر غير واحد أنه إن كان الفاسخ العامل و لم يظهر ربح فلا شى ء له، و إن كان المالك ضمن للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت، صونا للعمل المحترم من الخلو عن الأجر، مع احتمال العدم للأصل، و إقدام العامل عليه بمعرفته جواز العقد، و إمكان فسخه قبل ظهور الربح، بل و بعده مع تحقق الوضيعه المستغرقه له، لكونه وقايه لرأس المال.

قلت: قد يقال: إن قاعده احترام عمل المسلم المأذون فيه التى قدمناها سابقا

تقتضی استحقاق الأجره فی الأول، کما عن التذکره، فضلا عن الثانی ما لم یکن إجماع، و الإقدام علی جواز العقد أعم من الإقدام علی التبرع.

و علی کل حال ف لو اشترط فیه أی عقد المضاربه الأجل لم یلزم العقد مدته علی أحد منهما، فیصح لکل منهما فسخه قبله، بلا خلاف أجده فیه، للأصل و غیره. نعم فی المسالک و غیرها بعد تفسیر العباره و نحوها بما سمعت قال: «لکن العقد و الشرط صحیحان، أما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده، لأن التصرف تابع للاذن، و لا إذن بعده، و أما العقد فلأن الشرط المذکور لم یناف مقتضاه، إذ لیس مقتضاه الإطلاق».

قلت: قد یراد من العباره عدم الصحه من نفی اللزوم، بقرینه قوله متصلا بها لکن لو قال: إن مرت بک سنه مثلا، فلا تشتر بعدها و بع صح عندنا لأن ذلک من مقتضی العقد الذی هو تسلط رب المال علی فسخ القراض متی شاء، و علی منع العامل عما یشاء من النوع و الزمان و المکان، ضروره ظهور الاستدراک فیه فی أن الأول لیس کذلک، بل هو من أفراد المسأله التی ذکرها بقوله أیضا.

و لیس کذلک لو قال: علی أنی لا أملک فیها أی السنه منعک فإنه شرط باطل لأن ذلک مناف لمقتضی العقد بل المشهور کما قیل: بطلان العقد معه، فالتحقیق حینئذ أن یقال: إن أرید باشتراط الأجل المعنی الأول صح، و إن أرید به المعنی الثانی بطل و أبطل، کما صرح به غیر واحد، بل لم أجد خلافا هنا فی بطلانه، و زاد فی القواعد و جامع المقاصد اشتراط ضمان العامل المال، أو إلزامه بحصه من الخساره.

إلا أنه قد یناقش فی ذلک إن أرید بها الکنایه عن اللزوم مثلا بالعارض، و لو بالشرط، لا أن المراد به ما ینافی حکمها شرعا، فإنه لا إشکال فی البطلان حینئذ إنما المناقشه فی الأول بمنع کونها من منافیات مقتضی العقد، المراد به ما یعود علی العقد بالنقض، و لا ریب فی عدم منافاه اللزوم لعقد المضاربه، إذ هو کالجواز فی العقد اللازم الذی لا إشکال فی صحه اشتراطه.

و من هنا كان له شرطه: أى اللزوم فى العقد الجائز بعقد لازم آخر، و لو أنه من المنافى لمقتضاه لم يصح ذلک، إذ هو كاشتراطه عدم الملک فى البيع، و نظيره هنا عدم ملک العامل الحصه من الربح، لا اشتراط اللزوم فى المضاربه، و كذا الكلام فى الضمان الذى لا ينافى كون الشى ء أمانه، فإن كثيرا من الأمانات مضمونه كعاريه الذهب و الفضه، و العاريه المشترط فيها ذلک، و المقبوض بالسوم، و غير ذلک، بل ستسمع ضمان العامل فى كثير من صور المضاربه، بل و كذا الكلام فى اشتراط إلزام العامل حصه من الخساره، فإن جميع هذه الأمور من الاحكام، أو مما هو مقتضى إطلاق العقد، لا أنها من منافيات مقتضاه التى تعود عليه بالنقض. فتأمل جيدا.

بقى شى ء و هو أنه قد صرح الفاضل فى القواعد و تبعه فى جامع المقاصد بصحه شرط المالک على العامل المضاربه فى مال آخر، أو أخذ بضاعه منه، أو قرض أو خدمه فى شى ء بعينه، معللا له الثانى منهما بعموم قوله تعالى (۱)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و

قوله (۲)«المؤمنون عند شروطهم»

لكن عن ابن البراج الجزم بفساد العقد و الشرط، و كذا عن المبسوط، إلا أنه قال: أخيرا «و لو قلنا القراض و الشرط جائز، لكن لا يلزم الوفاء به كان قويا» ثم إنه فى جامع المقاصد «قد حكى عن التحرير عدم لزوم الوفاء به،- ثم قال:- «و هو حق، فإن العقد جائز من الطرفين، لكن لم يذكروا حكم ما إذا عمل العامل و لم يف بالشرط، فظهر ربح، و الذى يقتضيه النظر أن للمالک الفسخ بفوات ما جرى عليه التراضى، فيكون للعامل أجره المثل، و للمالک الربح،- إلى أن قال- و لو شرط ذلک من طرف العامل على الملک، فالحكم كما هنا، بغير تفاوت إلا أن الفسخ هنا بعد العمل إذا لم يحصل الوفاء يكون للعامل، لأنه إنما رضى بالحصه القليله مع هذا الشرط».

قلت: لا يخفى عليک ما فى الذى جعله مقتضى النظر، فإن التزام تسلط المالک و العامل بعد العمل على الفسخ بفوات الشرط، و أخذ المالک تمام الربح، و العامل أجره

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

المثل مما لا یمکن التزام فقیه له، فالتحقیق عدم مدخلیه الشرط فی ذلک، إنما الکلام فی حکمه بالنسبه إلی وجوب الوفاء به، و عدمه،

فیحتمل الأول، لکن بمعنی الوجوب المشروط بالبقاء علی العقد، و عدم إنشاء فسخه، لکونه حینئذ کنفس مقتضی العقد، إذ هو من توابعه، و بهذا المعنی یندرج فی قوله تعالی (۱)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بناء علی کون المراد منه الأمر بالوفاء بمقتضی کل عقد لم یحصل له فاسخ جائز و لازم و فی

قوله «المؤمنون عند شروطهم»

و یحتمل الثانی لا بمعنی تسلطه علی فسخ العقد بل علی معنی عدم وجوب الوفاء به و إن لم یفسخ العقد، للأصل السالم عن معارضه الآیه المراد منها العقود اللازمه، لظهور الأمر فیها بالوجوب المطلق و کذا

قوله: «المؤمنون عند شروطهم»

المراد منه بیان صحه أصل الاشتراط، و أما اللزوم و عدمه فیتبع العقد الذی تضمن الشرط، فإن کان لازما وجب الوفاء بالشرط، لکونه حینئذ من توابع العقد، و الا لم یجب بل یکون حینئذ شبیه الوعد.

و لعل هذا مراد الشیخ و الفاضل فی التحریر من المحکی عنهما، لا أن المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد- باعتبار جواز العقد، و إلا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد- إذ هو کما تری لا دلیل علیه، بل المعلوم خلافه ضروره عدم کون الشرط أولی من مقتضی العقد الذی لا یجب الوفاء به و ان لم یفسخ العقد، فإن من استودع أو وکل أو استعار أو ضارب: أی جاء بعقد من هذه العقود، لا یجب علیه

الوفاء بمقتضی ذلک، فیأخذ الودیعه مثلا، و یفعل ما وکل و یتناول العاریه، و یأخذ عین مال القراض فالشرط أولی، و منه یعلم حینئذ أنه هو مراد الشیخ و الفاضل فیما ذکراه من عدم لزوم الوفاء به و هو لا یخلو من قوه، و الله العالم.

و علی کل حال ف لو اشترط علی العامل أن لا یشتری إلا من زید، أو لا یبیع إلا علی عمرو صح لأن الناس مسلطون علی أموالهم و کذا لو قال: له علی أن لا تشتری إلا الثوب الفلانی مثلا أو ثمره البستان الفلانی

۱- ۱ سوره المائده:- ۱.

سواء كان وجود ما أشار إليه عاما أو نادرا لما عرفت خلافا لبعض العامه فلم يجوز الأخير و هو واضح الضعف.

نعم لو شرط أن يشترى أصلا يشتركان فى نمائه كالشجر أو الغنم قيل: يفسد بل لم أجد من جزم بالصحه من أصحابنا و ذلك لأن مقتضاه أى القراض الاشتراك فى الربح الحاصل من التصرف فى رأس المال و إن تبعه النماء أيضا فى بعض الأحوال لا حصره فى الربح الحاصل من نماء المال مع بقاء عينه، لا أقل من الشك فى تناول الإطلاقات له و الأصل الفساد و لكن مع ذلك فيه تردد مما سمعت، و من إمكان منع اعتبار ذلك فى القراض الذى هو دفع المال من ربه، و العمل من العامل و الاشتراك فيما يحصل من ذلك، سواء كان نماء فعل أو مال، إذ هو أيضا مسبب من فعل العامل الذى هو شراء ذى النماء، لكن يقوى فى النظر الأول.

نعم لو قال له: اشتره و ما يحصل من ارتفاع قيمته و من نمائه فهو بيننا، فالأقوى الصحه، لإطلاق الأدله، كما لو أنه اتفق نماء أعيان المضاربه قبل بيعها، شارك فى النماء قطعا، و دعوى- اعتبار شراء مع بيع و لو مره فى المضاربه- واضحه المنع، و بذلك ظهر لك أن لشركه العامل فى النماء صورا ثلاثه إحداها معلومه الصحه، و الثانيه مظنونه، و الثالثه يشك فى شمول الإطلاق لها، و الأصل الفساد، كما أنه ظهر لك من ذلك ما فى المسالك و غيرها فلاحظ و تأمل.

و إذا أذن له فى التصرف بمعنى أنه عقد معه عقد المضاربه مثلا و أطلق تولى بإطلاق الإذن المستفاده من العقد ما يعتاد بالنسبه إلى مثل تلك التجاره، و مثل ذلك العامل فى مثل ذلك المكان و الزمان ما يتولاه المالك و غيره من عرض القماش، و النشر و الطى، و إحرازه و قبض الثمن، و إيداعه الصندوق، و استيجار من جرت العاده باستئجاره، كالدلال و الوزان و الحمال (۱۱) و غير ذلك مما لا يمكن تحديده بالتعداد عملا بالعرف (۱۲) الذى هو الضابط لذلك و (۱۳) حينئذ ف لو استأجر ل (۱۴) مثل الأول (۱۵) الذى جرت العاده بمباشرته ضمن الأجره، (۱۶) بل يمكن ضمانه العين لو فرض تلفها بذلك.

و لو تولی الأخیر الذی جرت العاده بالاستیجار له بنفسه قاصدا للتبرع لم یستحق أجره أما مع قصد الرجوع فقد یقوی استحقاقها، بناء علی تناول الوکاله لمثل نفسه، بل قد یقوی استحقاقه إیاها مع الخلو عن القصد، لقاعده احترام عمل المسلم المتقدمه و الله العالم.

و لا ینفق العامل فی الحضر عندنا شیئا من مال القراض و إن قل، حتی فلس السقاء، لأصاله حرمه التصرف فی مال الغیر.

نعم له أن ینفق فی حال السفر کمال نفقته من مأکل و مشرب و ملبس و مسکن، و نحو ذلک مما هو داخل فی النفقه من أصل المال علی الأظهر الأشهر بل المشهور فی التذکره نسبته إلی علمائنا، بل فی محکی الخلاف الإجماع علیه، و هو الحجه بعد

صحیح علی بن جعفر(۱)«عن أخیه أبی الحسن علیه السلام فی المضارب ما أنفق فی سفره، فهو من جمیع المال، فإذا قدم بلده، فما أنفق فمن نصیبه»

و نحوه خبر السکونی (۲)عن أمیر المؤمنین علیه السلام خلافا للمحکی عن بعض، من کون جمیع نفقته علی نفسه، کالحضر، للأصل المقطوع بما عرفت، فالعمل علیه حینئذ کالاجتهاد فی مقابله النص.

نعم عن آخر أن له تفاوت ما بین نفقه السفر و الحضر، و هو مخالف لظاهر النص أیضا، المعتضد بما سمعت، و المراد بالسفر هنا العرفی، لا الشرعی الذی هو فی الحقیقه أحد أفراد السفر، قد علق الشارع علیه بعض الأحکام الخاصه، کقصر الصلاه و الإفطار و

نحوهما، کما أنه أجری أحکام الحضر علیه مع الإقامه و التردد ثلاثین یوما، و إن بقی معهما صدق اسم السفر الذی یجری علیه الحکم هنا، لکونه عنوانه یدور معه وجودا و عدما.

نعم فی المسالک و غیرها یجب الاقتصار منه علی ما یحتاج إلیه للتجاره، فلو أقام زیاده عنه فنفقته علیه خاصه، قلت: هو کذلک ما لم یکن لخوف طریق مثلا، أو حبس ظالم أو نحو ذلک مما یتعلق بالتجاره، و لذا قال فی التذکره: «لو أقام فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحکام المضاربه الحدیث- ۱- و ذیله.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحکام المضاربه الحدیث- ۱- و ذیله.

طريقه فوق مـده المسافرين فى بلـد للحاجه لجبايه المال أو لانتظار الرفقه أو لغير ذلك من المصالـح لمال القراض، كانت النفقه على مـال القراض أيضـا، لأـنه من مصـلحه القراض أمـا لو أقـام للراحه أو للتفرج أو لتحصـيل مال له أو لغير مال القراض، فإنه لا يستحق عن تلك المده شيئا من مال القراض للنفقه، أما لو أقام للتجاره أو لأمر آخر بحيث يكون كل منهما عله تامه فى المكث ففى اختصـاص النفقه فى مال القراض- للإطلاق و عـدمه للأصل و التوزيع- أوجه، أقواها الأول، كما أن أقواها الأخير لو تركب الداعى منهما، بحيث يكون كل منهما جزء العله، و المراد بالنفقه ما يحتاج إليه فيه من مأكول و مشـروب و ملبوس و مركوب، و آلات ذلك كالقربه و الجوالق، و أجره المسكن و نحو ذلك مما هو داخل فى اسم النفقه الآتى إنشاء الله تفصيلها فى النفقات.

و حينئذ فليس المراد مؤنته المندرج فيها جوائزه و عطاياه و ضـيافاته، و غير ذلك مما مر بيانها فى كتاب الخمس، و بذلك يظهر لك أن معنى قوله عليه السلام «ما أنفق» ما يذهب منه نفقه له، لا أن جميع ما يتلفه، و هو الموافق للأصل.

نعم يراعى فيها كغيرها من النفقات ما يليق بحاله عاده على وجه الاقتصاد فلو أسـرف حسب عليه، و إن اقتر لم يحسب له، لأنه لم ينفق ذلـك، و على كـل حال فإذا عاد من السـفر فما بقى من أعيان النفقه و لو من الزاد يجب رده على التجاره، كل ذلك ما لم يشـرط عليه عـدمها، و الا لم يجز للعامل، و لو أذن له بعـد ذلك فهو تبرع محض، و لو شـرطها على المالك فهو تأكيد، و يقوى حينئـذ وجوب تعيينها حـذرا من الجهاله، بناء على اعتبار عدمها فى مثل المقام، و لعله لا يخلو من نظر، بل ربما قيل بعدم وجوب ضبطها حتى على الأول، لكونها ثابته بأصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل، و إن كان فيه ما لا يخفى، ضروره عدم رجوع ذلك إلى شى ء من العقد مع عدم الاشتراط بخلافه معه.

ثم إن ظـاهر النص و الفتوى عـدم اعتبار ثبوت ربـح فى النفقه، بل ينفق و لو من أصل المال إن لم يكن ربـح، لكن لو ربـح بعد ذلك أخذت من الربح مقدمه على حق العامل، ضروره كون ذلك كالخساره اللاحقه للمال التى يجب جبرها بما يتجدد من

الربح، كما أومى إليه فى التذكره بقوله: «و القدر المأخوذ فى النفقه يحسب من الربح، و إن لم يكن هناك ربح فهو خسران لحق المال» و كذا فى المسالك قال: «و لا يعتبر فى النفقه ثبوت ربح، بل ينفق و لو من أصل المال إن لم يكن ربح و إن قصر المال.

نعم لو كان ربح فهى منه مقدمه على حق العامل» لكن فى الرياض «و لا يعتبر فى ثبوتها حصول الربح، بل ينفق و لو من الأصل، لإطلاق الفتوى و النص، و مقتضاهما الإنفاق من الأصل و لو مع عدم حصول التبرع، و لكن ذكر جماعه أنها منه دون الأصل، و عليه فلتقدم على حصه العامل».

و هو من غرائب الكلام إن أراد بالأول إخراجها من الأصل، حتى لو تجدد بعد ذلك ربح، خصوصا بعد ما سمعته من الفاضل، و ثانى الشهيدين من أنها منه مقدمه على حق العامل، و إن قلنا بخروجها من الأصل، حال عدم الربح، فالتحقيق حينئذ ما عرفته، من أنه ينفق و لو من أصل المال، لكن متى تجدد ربح جبر المال بمقدار ما أنفق منه، ثم إن بقى ربح أخذ حصته، و إلا فلا، و هو الموافق للتأمل فى النص و الفتاوى، لا ما سمعته منه، و لا أنه ينفق حال عدم الربح من أصل المال، و حال وجود الربح منه من غير جبر للأول.

نعم إن لم يكن ثم إجماع أمكن القول بأن النفقه إنما تكون للعامل، حيث يكون ربح فى المال يحتملها، أو بعضها، فتخرج حينئذ منه على المالك و المضارب، و إلا فلا نفقه له، كما أن نفقته حال الحضر من نصيبه خاصه، و لعله أوفق بالأصل و النص، إلا انا لم نجده قولا لأحد، و إن أراد ذلك فى الرياض بما حكاه عن جماعه كان مطالبا لتعيينهم كما لا يخفى على من لاحظ و تأمل.

و على كل حال فإنما يستحق العامل النفقه فى السفر المأذون فيه، فلو سافر إلى غيره أى بتجاوز المأذون أو إلى غير جهته فلا نفقه، و إن كانت المضاربه باقيه، هذا و فى المسالك و غيرها أن مئونه المرض و الموت فى السفر محسوبتان على العامل خاصه لأنهما لم يتعلقا بالتجاره، و هو كذلك بالنسبه إلى الموت، بل و المرض إذا كان على وجه لا عمل له فى المال معه، أما إذا كان مرضا لا يمنعه من العمل بالمال، فلا ريب فى

استحقاقه النفقه فی تلک الحال.

نعم قد یشکل دخول مثل الدواء و نحوه فی النفقه، و قد حققنا ذلک فی النفقات من کتاب النکاح، من أراده فلیلحظه، فإن الظاهر اتحاد البحث فی المقامین بالنسبه إلی ذلک.

و کیف کان ف لو کان لنفسه مال غیر مال القراض فالوجه عند المصنف و جماعه التقسیط لان السفر لأجلهما، فنفقته علیهما، و هل هو علی نسبه المالین أو العملین؟ وجهان: أجودهما فی المسالک تبعا لجامع المقاصد الأول، لأن استحقاق النفقه فی مال المضاربه منوط بالمال، و لا نظر إلی العمل، و من هنا اتجه تفریع المصنف ذلک علی ما ذکره أولا، لکن أورد علیه فی الأخیر أنه یقتضی أن لا یستحق نفقه أصلا، لو أخذ مضاربه فی حال السفر.

ثم إن الظاهر جریان التقسیط علی القول الآخر الذی هو وجوب ما زاد علی نفقه الحضر، ضروره کونها حینئذ هی التی تقسط علی المالین أو العملین، فما عن فخر المحققین- من عدم جریان ذلک علی هذا القول، بل تکون النفقه علی نفسه، لکونه کالحاضر باعتبار اشتغاله بمال نفسه، و إن استصحبه مال القراض- غیر واضح، و التعلیل المذکور یسقطها علی القول الأخر أیضا، و من هنا حکی عن السید العمید أنه جعل احتمالی سقوط النفقه و ثبوت التفاوت بین حالی الحضر و السفر خاصه فی عباره القواعد من توابع الفرض، و هو ما لو کان معه مال آخر لنفسه، و ربما یؤید الاحتمال الأول، بظهور خبر النفقه فی الذی لیس معه إلا مال المضاربه، فبقی محل الفرض مندرجا تحت الأصل.

نعم یندرج فی النص المضارب الذی معه مضاربات متعدده، ضروره صدق کونه مضاربا، و التوزیع حینئذ متجه فیه، إما لأن

قوله علیه السلام (۱)«من جمیع المال»

یشمل مال الجمیع علی جهه النسبه، أو لأن اختصاصه بمال دون آخر ترجیح بلا مرجح مع أن عله الاستحقاق صدق وصف المضاربه المتحققه فی الجمیع، فلا عدل حینئذ

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحکام المضاربه- الحدیث- ۱.

إلا التوزيع بعد تعذر التكرار، و قيمه النفقه ليست نفقه، بل قد يدعى انسياقه من أمثال ذلك، كما لا يخفى على من لاحظ نظائره فى النفقات، كما أنه قد يدعى انسياق ذلك أيضا حتى لو كان مال لنفسه مع مال القراض، لا سقوط النفقه، ضروره صدق كونه مضاربا معه، إلا أنه لما كان السفر ليس للقراض خاصه، اتجه التوزيع المزبور.

و على كل حال ففى كونه على قدر الأموال أو الأعمال البحث السابق هذا. و فى المسالك بعد أن ذكر التوزيع فى القراضين قال: «و لا فرق فى ذلك بين أن يكون قد شرطها على كل واحد منهما أو أطلق، بل له نفقه واحده عليهما على التقديرين، لأن ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل، هذا مع جهل كل واحد منهما بالآخر، أما لو علم صاحب القراض الأول، بالثانى، و شرط على ماله كمال النفقه جاز، و اختصت به، و لا شى ء على الثانى».

و قد تبع بذلك الكركى قال: «لو شرط فى القراض النفقه فأخذ من آخر قسط لان ذلك منزل على اختصاصه بالعمل له، و كذا لو شرطا، و لو شرط أحدهما و أطلق الآخر فإن علم الأول بالقراض، فالنفقه من ماله خاصه، عملا بالشرط» و هو قد تبع بذلك الفاضل فى التذكره قال فيها: «فان شرط صاحب المال الأول النفقه من مال القراض، مع علمه بالقراض الثانى جاز، و كان نفقته على الأول، و إذا لم يعلم بالقراض الثانى بسطت النفقه و إن كان قد شرطها الأول لأنه إنما أطلق له النفقه بناء على اختصاص عمله به، لانه الظاهر».

قلت قد عرفت فى السابق أن شرط النفقه إنما هو مؤكد لثبوتها بدونه، فصوره الشرط حينئذ كصوره الإطلاق بالنسبه إلى ذلك، و لا ريب فى التوزيع مع الإطلاق فيهما و إن علم أحدهما بالاخر.

نعم لو أريد من الشرط الاختصاص بالنفقه على من عليه الشرط، اتجه ذلك، إلا أنه لا فرق معه بين صورتى الجهل و العلم حينئذ، و دعوى انسياق ذلك من الشرط حال العلم، دون الجهل لا شاهد لها، و الله العالم.

و لو أنفق صاحب المال مسافرا مثلا فانتزع المال منه بقصد فسخ

المضاربه فنفقه عوده منه خاصه لارتفاع وصف المضاربه الذى هو سبب استحقاق النفقه، و لا غرر، بعد دخوله على العقد الجائز الذى هو معرض ذلك و نحوه، فما عن بعض العامه من ثبوتها واضح الضعف.

و كيف كان فلا إشكال و لا خلاف فى أن للعامل ابتياع المعيب و الرد بالعيب و أخذ الأرش نعم كل ذلك و نحوه مع الغبطه لأن الغرض الذاتى هنا الاسترباح الذى يحصل بالصحيح و المعيب، فلا يتقيد إطلاقها حينئذ بالأول، و إن كان هو كذلك فى إطلاق الوكاله، المحتمل إراده القنيه التى لا يناسبها المعيب، و كذلك الكلام فى الرد بالعيب، و أخذ الأرش.

و لكن مع هذا قد ذكر غير واحد من الأصحاب أنه يقتضى إطلاق الإذن هنا البيع نقدا بثمن المثل من نقد البلد لانه المتعارف فى التجاره لتحصيل الربح، إذ فى النسيئه من التغرير بالمال ما لا يخفى، كالتضييع بالبيع بدون ثمن المثل و احتمال الكساد فى بيع العروض، لكن فى المسالك و غيرها المناقشه فى الأخير بأن «المضاربه تفارق الوكاله فى بعض المطالب، لان الغرض الأقصى منها تحصيل الربح، و هو قد يكون بالعروض، فالأقوى جوازه بها مع الغبطه» إلى أن قال: «و لو أذن له فى شى ء من ذلك عموما أو خصوصا «كتصرف كيف شئت» و بحسب رأيك و نظرك و نحو ذلك، فإنه يجوز له البيع بالعروض قطعا، أما النقد و ثمن المثل فلا يخالفهما إلا بالتصريح» و ما أبعد ما بينه و بين فاضل الرياض حيث جعل المدار على حصول المصلحه مع الإطلاق، و إن كان فرضها فى نحو البيع بدون ثمن المثل نادرا، و ظنى أنه لا موافق له على ذلك، و إن كان قد يتوهم من بعض العبارات.

و التحقيق أنه لا وجه للتوقف مع المصلحه، إذا كان الإذن على وجه العموم، فله البيع نسيئه و بدون ثمن المثل، أما مع الإطلاق فالمدار حصولها فى الأفراد المتعارفه بين التجار فى تحصيل الأرباح، و أما النادر و إن فرضت فيه المصلحه فلا يدخل فى الإطلاق، إذ ليس العنوان الإذن فى عمل كل ما فيه مصلحه، و إنما هو الإطلاق المنصرف إلى الافراد المتعارفه التى منها نقصان ما يتسامح به الناس، و الله العالم.

و على كل حال فقد ذكر المصنف و غيره أنه لو خالف ما دل عليه اللفظ لم يمض إلا مع إجازه المالك لكونه تصرفا قد وقع بدون اذن المالك، و هو غير باطل عندنا، و إنما هو فضولى، فإن أجاز نفذ لكن فى المسالك تبعا لجامع المقاصد «إنه مع الإجازه بأن قدر على تحصيل النسيئه، و إلا ضمن الثمن، لثبوته بالبيع الصحيح، لا القيمه، و مع عدمها يجب استرداد العين مع الإمكان، و إلا ضمن قيمه المبيع أو مثله، لا الثمن المؤجل و إن كان أزيد، و لا التفاوت فى صوره النقيصه لأنه مع عدم الإجازه بيع باطل، فيضمن للمالك عين ماله الذى تعدى فيه و سلمه من غير إذن شرعى».

قلت: قد يناقش فى ضمانه بأنه مع إجازه المالك و رضاه بالبيع نسيئه، صار الثمن الذى فى ذمه المشترى له برضاه، و لم يحصل من العامل ما يقتضى ضمانه، بل لعل ذلك كذلك فى الغاصب إذا باع المغصوب نسيئه، ثم ندم الغاصب فأجاز المالك ذلك و رضى بالثمن الذى فى ذمه المشترى أن يكون له، خرج الغاصب من الضمان، و لا ينتقل ضمان العين الذى كان عليه إلى الثمن الذى لم تستولى يده عليه، و كأن ذلك كله لا إشكال فيه بمقتضى المعلوم من القواعد.

اللهم إلا أن يقال: إن ما نحن فيه مما تسمع تظافر النصوص و الفتاوى به، من ضمان العامل إذا خالف ما اشترط عليه المالك، و إن بقيت المضاربه صحيحه و الربح بينهما، إذ لا فرق فى المخالفه بين الشرط الصريح، أو المفهوم من الإطلاق، فكما لو قال له: اشتر مثلا تمرا، فخالف و اشترى غيره كان ضامنا، و لكنه صحيح و الربح بينهما- كما ستعرف، فكذلك ما نحن فيه، المستفاد من انسياق الإطلاق بل هو أولى بذلك، و الله العالم.

و كذا يجب مع الإطلاق أن يشترى العامل بعين المال لأنه المفهوم أو المتيقن منه، خصوصا بعد ملاحظه احتمال عدم إراده المالك التجاره بغير المال الذى دفعه، و الشراء بالذمه قد يؤدى إلى وجوب دفع غيره، كما فى صوره تلف مال المضاربه قبل الوفاء.

و حينئذ ف لو خالف و اشترى فى الذمه للمالک لم يصح البيع إلا مع الاذن فيه، و لو لاحقا، لكن قد يشكل ذلک باقتضاء الإطلاق عرفا الشراء بالذمه على وجه الحلول، و إراده الدفع من مال المضاربه، كما هو المتعارف بين الناس، من غير فرق بين الملاک و العمال و الوكلاء و غيرهم.

نعم ليس له الشراء فى الذمه على إراده الرجوع عليه بغير مال المضاربه، فإنه ليس فى الإطلاق ما يشعر بالإذن بذلک، و يمكن إراده الأصحاب المنع عن هذا بالخصوص لا ما يشمل الأول الذى قد يتسامح فى العرف بجعله من الشراء بالعين، فإذا اتفق عروض ذلک من العامل، و فرض تلف مال المضاربه، أدى المالک من غيرها حينئذ، لما عرفته من تناول الإطلاق الإذن على الوجه المزبور، المفروض وقوعه.

و من ذلک يعلم ما فى التعليل المذكور، كما أن منه يعلم أنه مع تأديه المالک فى الفرض المزبور من غير مال المضاربه، يكون ذلک من مال القراض، لما عرفته من اقتضاء الإطلاق ذلک، كما عن الشيخ فى المبسوط التصريح به، و إن حكى عنه أنه حكى فيه و فى الخلاف أقوالا غير محصله، لا فائده فى ذكرها، كما لا محصل معتد به لما أطنب به فى الرياض من ذكر الإشكال المزبور، و الجواب عنه، و النظر فى الجواب فلاحظ و تأمل.

و على كل حال ف لو اشترى العامل فى الذمه بينه أنه للمالک لا معه أى الإذن منه، لا سابقا و لو من الإطلاق المزبور، و لا لاحقا و لكن لم يذكره أى المالک على وجه يفهم البائع أن البيع له تعلق الثمن بذمته ظاهرا (۱۱) و ان كان هو فاسدا فى نفس الأمر، و يجب عليه التخلص من البائع بمقاصه و نحوها.

نعم لو وقع الشراء منه بلا نيه أنه للمالک، أو لنفسه تعلق الثمن بذمته ظاهرا و واقعا، و كان الربح له، كما لو نوى لنفسه، لظهور المعامله فى ذلک، حتى لو فرض كونه مأذونا فى الشراء فى الذمه للمالک، لكن لا ينصرف الشراء فى نفس الأمر عمن وقعت المعامله له الا بينه أنه له، كما هو واضح، فما فى الرياض- من الوقوع للمالک

فی هذه الصوره- واضح الضعف، الا أن فیما حضرنی من نسخته غیر نقیه من الغلط.

نعم لو کان قد نوی المالک ثم أجاز کان له، بل ربما ظهر من المقداد کونه مال قراض حینئذ، کما أنه یبطل مع ذکره له لفظا، و عدم اذنه سابقا و لاحقا، و بذلک کله بان لک صور المسأله و أحکامها، لکن الإنصاف عدم خلو جعله مال قراض مع الإجازه اللاحقه و أداء الثمن من غیر مالها من اشکال، أو منع و الله العالم.

و لو أمره بالسفر إلی جهه فسافر الی غیرها أثم و ضمن المال، لتعدیه، و ان نفذ بیعه، و کان الربح بینهما، إذ لا منافاه بین ذلک، و بین المنع من السفر، لکونه مأذونا فی التجاره من حیث هی تجاره، و ان لم یجز له السفر، فإن المنع من أحد المتقارنین لا یقتضی بمجرده المنع من الآخر، بل هو کذلک حتی فی صوره الإطلاق فإن الظاهر عدم استفاده الإذن منه فی السفر، کما صرح به غیر واحد، بل فی جامع المقاصد نسبته إلی علمائنا، لما فیه من التغریر بالمال، خلافا لبعض العامه، من غیر فرق بین خوف الطریق و أمانه، و علی کل حال فلا اشکال و لا خلاف عندنا فی الحکم المزبور.

و

فی الصحیح (۱)عن أحدهما «سألته عن رجل یعطی المال مضاربه و ینهی أن یخرج، قال: یضمن المال و الربح بینهما».

و فی صحیح الحلبی (۲)عن الصادق علیه السلام «فی الرجل یعطی للرجل المال فیقول:

ائت أرض کذا و کذا و لا تجاوزها، و اشتر منها؟ قال: فإن جاوزها و هلک المال فهو ضامن، و ان اشتری متاعا فوضع فیه، فهو علیه، و ان ربح فهو بینهما».

و فی خبر أبی بصیر(۳)عنه علیه السلام أیضا «فی الرجل یعطی الرجل مالا مضاربه و ینهاه أن یخرج به الی أرض أخری، فعصاه قال: هو ضامن، و الربح بینهما إذا خالف شرطه و عصاه».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحکام المضاربه الحدیث- ۱.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحکام المضاربه الحدیث ۲.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحکام المضاربه الحدیث ۱۰.

و

خبر أبی الصباح (۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المضاربه، یعطی الرجل المال یخرج به الی أرض، و ینهی أن یخرج به الی غیرها، فعصی فخرج به الی أرض أخری فعطب المال؟ فقال: هو ضامن، و ان سلم فهو بینهما».

بل

فی صحیح الحلبی (۲)عنه أیضا أعم من ذلک قال: «فی المال الذی یعمل به مضاربه، له من الربح، و لیس علیه من الوضعیه شی ء الا أن یخالف أمر صاحب المال، فإن العباس کان کثیر المال، و کان یعطی الرجال یعملون به مضاربه، و یشترط علیهم أن لا ینزلوا بطن واد، و لا یشتروا ذا کبد رطبه، فإن خالفت شیئا مما أمرتک به فأنت ضامن للمال»

و فی صحیحه الآخر(۳)عنه أیضا «فی الرجل یعطی الرجل مالا مضاربه، فیخالف ما شرط؟ قال: هو ضامن، و الربح بینهما».

و فی خبر أبی الصباح (۴)عنه أیضا «فی الرجل یعمل بالمال مضاربه؟ قال: له الربح و لیس علیه من الوضیعه شی ء، الا أن یخالف عن شی ء مما أمره صاحب المال»

بل

فی صحیح جمیل (۵)عنه أیضا «فی رجل دفع الی رجل مالا یشتری به ضربا من المتاع مضاربه فذهب فاشتری غیر الذی أمره قال هو ضامن و الربح بینهما علی ما شرط».

و الیه أشار المصنف بقوله أو أمره بابتیاع شی ء بعینه فابتاع غیره ضمن، و لو ربح و الحال هذه کان الربح بینهما بموجب الشرط الا أنه أشکله بمخالفته القواعد المعلومه، ضروره عدم الدخول فی الملک مع عدم الإذن لاحقا و سابقا، فکیف یتجه استحقاق الربح حینئذ، و من هنا جمد بعض الناس علی ما فی النصوص، و لعل اقتصار المصنف علی هذین الصورتین لذلک، لکن لا یخفی علیک ما فیه بعد ما سمعته من النصوص الداله علی الأعم من ذلک، و هو کل شرط قد خولف، و هو الذی جزم به غیر واحد، قائلا أنه لا بأس بتخصیص القواعد بهذه النصوص المعمول علیها بین الأصحاب إلا أنه کما تری أیضا.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحکام المضاربه الحدیث ۶.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحکام المضاربه الحدیث ۷.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحکام المضاربه الحدیث ۵.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحکام المضاربه الحدیث ۳.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحکام المضاربه الحدیث ۹.

و يمكن تنزيـل هـذه النصوص على إراده بقـاء الإـذن فى المضـاربه، و إراده الضـمان من الاـشتراط، كمـا يومى إليه مـا فى ذيل صحيح

الحلبى السـابق، و خصوصـا ذكره عليه السـلام له بعنوان التعليـل للحكم، بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم سابقا من الشـرط كما عساه يومى إليه

خبر رفاعه(۱)عن ابى عبد الله عليه السلام «فى مضارب يقول لصاحبه إن أنت أذهبته أو أكلته، فأنت له ضامن؟ قال: هو له ضامن إذا خالف شرطه»

هذا.

و فى المسالـك «يجب تقييـد المخـالفه فى جهته بما إذا بيع المتاع فى تلك الجهه بما يوافق قيمته فى الجهه المعينه أو يزيـد، فلو كـان ناقصـا لاـ يتغـابن بمثله لم يصـح، كما لو باع بـدون ثمن المثل» و مثله فى جامع المقاصـد و زاد «أنه إذا أجاز المالك كان الثمن مضمونا».

قلت: قد يقال بالصحه من غير احتياج إلى الإجازه، لما سمعته من النصوص أن البيع صحيح مع المخالفه، و لكنه ضامن للوضيعه، و لا ريب أن محل الفرض من ذلك، و الله العالم.

و كيف كان فبموت كل منهما تبطل المضاربه، لأنها فى المعنى وكاله التى هى كغيرها من العقود الجائزه، نحو العاريه و الوديعه تنفسخ بالموت و الجنون و الإغماء، و نحو ذلك مما يقتضـى بطلان الأذن من المالك التى هى بمنزله الروح لهذا العقد و شبهه، بل ظاهر الأصحاب فى المقام و غيره عدم تأثير إجازه الوارث أو ولى المالك فى حال الجنون و

الإغماء، لتصـريحهم بالانفساخ بعروض أحـد هـذه العوارض، و حينئـذ فإذا أريـد تجديـدها مع وارث أحـدهما اشترط فى الثانيه شروط الأولى من إنضاض المال دراهم و دنانير و غير ذلك كما هو واضح.

ثم إن كان الميت المالك، و كان المال ناضا لا ربـح فيه أخـذه الوارث، و إن حصل فيه ربـح اقتسـماه، و ليس لأحد من الغرماء مزاحمه العامـل فى حصـته، لمـا سـتعرف إنشـاء الله من ملكه لهـا بـالظهور، فكان شـريكا للمالك، و إن كان المال عروضا، ففى المسالك «إن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحكام المضاربه الحديث- ۸.

للعامـل بيعه إن رجى الربـح، و إلاـ فلا، و للوارث إلزامه بالإنضاض إنشاء مطلقا» و فيه أنه ليس للعامل البيع من دون إذن الوارث الذى قد انتقل اليه و إن رجى الربح، كما أنه ليس للوارث إلزامه بالإنضاض مطلقا بعد انفساخ المضاربه، اللهم إلا أن يقال:

إنه حق للميت، فينتقل إلى وارثه.

و إن كان الميت العامل، فإن كان المال ناضا و لا ربح أخذه المالك، و إن كان فيه ربح دفع إلى الورثه حصصهم منه، و لو كان هنـاك متاع و احتيـج إلى البيع و التنضـيض فـإن أذن المالك للوارث فيه جاز، و إلا نصب الحاكم أمينا يبيعه، فإن ظهر فيه ربح أوصل حصه الوارث، و إلا سلم الثمن للمالك و الله العالم.

[الأمر الثانى فى مال القراض]

اشاره

الأمر الثانى: فى مال القراض و من شـرطه أن يكون عينا فلا يجوز بالدين و أن يكون دراهم أو دنانير بلا خلاف أجده فى شى ء منه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى ما قيل:

من أصاله الفساد هنا، السالمه عن معارضه(۱)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۲)

«و المؤمنون عند شروطهم»

و نحو ذلك مما عرفت إراده العقود اللازمه منه، و عن الإطلاقات التى لم تسق لبيان ما تجوز به المضاربه، و إنما هى فى معرض أحكام أخر، و إن كان لا يخلو من تأمل، ضـروره الإكتفاء(۳)«بتجاره عن تراض» و نحوه فى ذلک بعـد الإغضاء عن دعوى عدم إطلاق صالح، و لكن الأمر سهل بعد الإجماع المزبور.

و منه يعلم أنه لا وجه لقول المصـنف و فى القراض بالنقره التى هى القطعه المذابه من الذهب و الفضه تردد ضـروره عدم كونها حينئذ منهما، و من هنا لم نعرف مخالفا فى عدم الجواز بها، بل و لا مترددا غير المصنف.

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

۳- ۳ النساء: ۲۹.

نعم فی المسالک «ربما أطلقت النقره علی الدراهم المضروبه من غیر سکه، فإن صح هذا الاسم کان التردد من حیث أنها قد صارت دراهم و دنانیر، و إنما تخلف السکه و هی وصف فی النقدین ربما لا یقدح، خصوصا إذا تعومل بها علی ذلک الوجه، مع أنه أیضا کما تری، بعد

معلومیه کون الدرهم و الدینار حقیقه فی المسکوک للمعامله و تخلف السکه قادح باعتبار اقتضائه انتفاء صدق اسم الدرهم و الدینار، و التعامل بغیر المنقوش أو المنقوش لا- للمعامله، لا یحقق الاسم المزبور، و لو سلم تحقق الاسم بناء علی أنه للأعم من المسکوک للمعامله، فلیس حینئذ إلا الصحه.

و علی کل حال فلا وجه للتردد بعد الجزم بشرطیه الدرهم و الدینار و الله العالم.

و کذا لا یصح بالفلوس لفقد الشرط المزبور بل و لا بالورق المغشوش الذی یجب کسره سواء کان فیه الغش أقل أو أکثر إذ المراد به المغشوش بالنسبه إلی تلک السکه فی ذلک الزمان، المعبر عنه فی زماننا بالقلب، لا أن المراد به ما یشمل المتعارف فی زماننا من الشامیات و الشوشیات و غیرهما من النقد المعلوم امتزاجه بغیر الفضه، ضروره صحه المضاربه بها، و وجوب الزکاه، لعدم اعتبار الخلوص فی الدرهم و الدینار، و انما هو القطعه المسکوکه للمعامله، سواء کان خلیطا أو لا، و ان اتفق خلوصه فی ذلک الزمان، الا أنه أحد الأفراد، کهیئته السابقه، و حینئذ فلا حاجه الی ما فی جامع المقاصد من تقیید نحو عباره المصنف بما إذا لم یکن متعاملا به، أی المغشوش، فلو کان معلوم الصرف بین الناس جازت به المعامله، و صح جعله مالا للقراض، سواء کان الغش أقل أو أکثر، إذ قد عرفت اراده المصنف و غیره من المغشوش ما سمعت، لا نحو ذلک کما هو واضح.

و کذا لا یصح بالعروض التی هی غیر النقدین من المتاع مطلقا و الأمتعه التی لا یدخلها کیل و لا وزن، و لا یکون حیوانا و لا عقارا، لانتفاء الشرط المزبور کما هو واضح. و کان المصنف ذکر الأول و لم یستغن عنها بالعروض، بناء علی التفسیر الأول دفعا لتوهم الجواز فی النقره باعتبار کونها ماده للدرهم و الدینار و فی الفلوس و نحوها باعتبار کونها مثل النقدین فی السکه و المعامله، فأراد النص

علیها بعدم الجواز.

و لو دفع إلیه أی إلی العامل آله الصید کالشبکه بحصه ثلث مثلا فاصطاد لم یکن مضاربه قطعا، لانتفاء الشرط و لا شرکه لعدم الامتزاج، و لا إجاره لعدم معلومیه الأجره، فلیس هی إلا معامله باطله و حینئذ کان ما اصطاده للصائد الذی قد حازه و لکن علیه أجره المثل للاله کما هو واضح. نعم فی المسالک و غیرها الحکم بکون الصید للصائد مبنی علی عدم تصور التوکیل فی تملک المباح، و إلا کان الصید لهما علی حسب ما نواه الصائد، و قد سبق الکلام علی نظیره، و یبعد بناؤه علی أن العامل لم ینو بالتملیک إلا نفسه، لان ظاهر الحال دخوله علی الشرکه، و حیث یکون الصید لهما فعلی کل منهما أجره مثل الصائد و الشبکه بحسب ما أصابه.

قلت: قد تقدم سابقا إمکان اختصاصه بذلک و إن قلنا بصحه التوکیل، بناء علی عدمه فی المقام، لکون الاذن قد وقعت فی العقد الفاسد، فلا اثر لها، و نیه الشرکه مع عدم الاذن لا تجدی، و دخوله فی ملکه یکفی فیه قصده الحیازه، أی دخول الشی ء فی حیازته، و الفرض أنه قد تحقق القصد فیه، فیکفی ذلک فی دخول الشی ء فی ملکه، و ان کان من قصده الشرکه التی قد بان فسادها و الله العالم.

و یصح القراض بالمال المشاع بلا خلاف و لا إشکال عندنا، لأنه معین فی نفسه، جامع لشرائط الصحه من غیر فرق بین وقوع العقد مع الشریک و غیره.

نعم لا بد (۱۱) فی مال المضاربه أن یکون معلوم المقدار (۱۲) بعد معرفه الجنس للنهی عن الغرر، و لعدم معرفه الربح من رأس المال، إلا أن ذلک کله فی المجهول الذی لا یؤل إلی علم، أما ما یؤل إلیه و لو بالعد بعد وقوع العقد و نحوه فقد یشکل بناء علی تحقق عموم أو إطلاق فی الباب یشمل الفرض، و لو قوله تعالی (۱)«إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ» لعدم ما یدل علی اعتبار العلم هنا، أو البطلان مع

۱- ۱ النساء: ۲۹.

مثل هذه الجهاله، و النهی عن الغرر انما هو فی البیع.

اللهم الا- أن یقال بأن فی بعض النصوص النهی عن الغرر، فیشمل المقام، بل لو سلم تحقق إطلاق فی المضاربه یشمل محل الفرض کان التعارض من وجه و الترجیح للأول بفتوی المشهور بذلک، بل و بأنه لا تکفی المشاهده فیه، و ان زال بها معظم الغرر، لأنها لیست طریقا للعلم فیما اعتبر فیه، و ان حکی عن المرتضی الاکتفاء بها فی المقام و غیره، بل هو أحد قولی الشیخ هنا، و هو کذلک لو سلم وجود دلیل علی اعتبار العلم فی المقام و من هنا قیل: یصح مع الجهاله، و یکون القول قول العامل مع التنازع فی قدره بل فی المسالک «انه فی المختلف عن الشیخ القول بجواز المضاربه بالجزاف من غیر تقیید بالمشاهده، و قواه فی المختلف محتجا بالأصل، و

قوله علیه السلام (۱)«المؤمنون عند شروطهم»

و لا اثر لاقتضاء هذه الجهاله التنازع بعد ان کان القول قول العامل شرعا فی قدر الواصل لأن الأصل عدم وصول الزائد الیه.

و التحقیق ان لم یکن ثم إجماع عدم قدح الجهاله التی تؤل الی علم، نحو أن یقع العقد علی ما فی الکیس مثلا، ثم یعد انه بعد ذلک، لإطلاق الأدله أو عمومها.

نعم بناء علی عدم عموم أو إطلاق مستند الیه مثل ذلک، فلا ریب فی أن الأصل الفساد. أما الجهاله التی لا تؤل الی علم فالظاهر عدم جوازها، لعدم إمکان تحقق الربح معها، و هو روح هذه المعامله فتأمل جیدا. و الله العالم.

و کیف کان فلو أحضر مالین، و قال قارضتک بأحدهما أو بأیهما شئت: لم ینعقد بذلک قراض للإبهام فی الأول المانع من تعلق العقد، فإن المبهم لا وجود له فی الخارج، و موقوفیه العقد مع التخییر إلی حال وقوعه، و لیس فی الأدله حتی الإطلاقات ما یدل علی مشروعیه ذلک، بل لعل الأدله قاضیه بخلافه، ضروره ظهورها فی سببیه العقود و عدم تأخر آثارها عنها، و جعل الخیار کاشفا عن مورد العقد من أول الأمر لا دلیل علیه، لکونه مخالفا للأصل، و من هنا لم یحک خلاف

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۰ من أبواب المهور الحدیث ۴.

فی البطلان حتی من القائلین بالجواز مع الجهاله و إذا أخذ من مال القراض ما یعجز عنه ضمن مع جهل المالک، کما فی المسالک قال «لأنه حینئذ یکون واضعا یده علی المال علی الوجه الغیر المأذون فیه، لأن تسلیمه إلیه إنما کان لیعمل فیه فکان ضامنا» و نحوه فی جامع المقاصد، و فی الأول منهما «هل یکون ضامنا للجمیع أو للقدر الزائد علی مقدوره قولان: من عدم التمییز، و النهی عن أخذه علی هذا الوجه، و من أن التقصیر بسبب الزائد، فیختص به، و الأول أقوی، و ربما قیل:

إنه إن أخذ الجمیع دفعه فالحکم کالأول و إن أخذ مقدوره ثم أخذ الزائد و لم یمزجه به ضمن الزائد خاصه».

و یشکل بأنه بعد وضع یده علی الجمیع عاجز عن المجموع من حیث هو مجموع، و لا ترجیح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترک الأول و أخذ الزیاده لم یعجز، و قد صرح فیهما بأنه لو کان المالک عالما بعجزه لم یضمن، إما لقدومه علی الخطر، أو لأن علمه بذلک یقتضی الإذن له و التوکیل.

ثم قال فی المسالک: «و حیث یثبت الضمان لا یبطل العقد به، إذ لا منافاه بین الضمان و صحه العقد، و المراد العجز عن التصرف فی المال و تقلیبه فی التجاره، و هذا یحصل حال العقد، فمن ثم فرق بین علم المالک و جهله، و لو کان قادرا فتجدد العجز وجب علیه رد الزائد عن مقدوره، لوجوب حفظه، و هو عاجز عنه، و إمکان التخلص منه بالفسخ، فلو لم یفسخ ضمن و بقی العقد».

قلت: لعل المتجه فی مفروض المسأله الفساد من غیر فرق بین حالی العلم و الجهل، و ذلک لمعلومیه اعتبار قدره العامل علی العمل فی الصحه، نحو ما ذکروه فی الإجاره، ضروره لغویه التعاقد مع العاجز عن العمل الذی هو روح هذه المعامله، فضلا عن معلومیه بطلان وکاله من هو عاجز عن العمل، علی العمل العاجز عنه، إذ هو أولی بذلک من الوصی الذی حکموا ببطلان وصایته مع عجزه عن القیام فیما أوصی به، بل الظاهر أن الحکم کذلک بتجدد العجز، فضلا عما کان حال العقد، و من ذلک یظهر لک سقوط جمله من الکلمات السابقه، بل لعل عباره المتن و القواعد

کذلک، بناء علی إراده الضمان مع الصحه منها، بل یقوی البطلان حتی مع إذن المالک فی التوکیل للغیر، أو الاستیجار، فإن ذلک فرع صحه العقد الذی قد عرفت اعتبار قدره العامل علی العمل المعقود علیه بنفسه، و إن لم یشترط علیه المباشره، علی أنه لو اکتفی بذلک فی الصحه لم یکن للضمان حینئذ وجه، ضروره اقتضاء صحه العقد عدم الضمان إلا ما خرج، کما هو واضح، و الله العالم.

و لو کان له فی ید غاصب مثلا مال فقارضه علیه صح و لم یبطل الضمان السابق، للأصل السالم عن معارضه وقوع عقد القراض الذی لا یلزمه عدمه الضمان، بل یجامعه فی کثیر من المقامات، و لظهور

قوله علیه السلام (۱)«حتی یؤدی»

فی بقاء الضمان إلی حال التأدیه التی لیس وقوع عقد القراض منها، و کون العین فی عقد القراض أمانه، لا ینافی الضمان من جهه أخری، و رفع الید عن الغصب لیس وصولا إلی ید المالک، لکن قد تقدم فی کتاب الرهن منا تحقیق ذلک علی وجه یعلم منه قوه عدم الضمان، و لو من جهه اقتضاء العقد الإذن فی دوام القبض.

و ما فی المسالک «- من أن مجرد العقد لا یقتضی ذلک، و إنما یحصل الإذن بأمر آخر، و لو حصل زال الضمان- واضح الضعف، و إن حکی عن العلامه فی التذکره مستظهرا لذلک، أن کون المال فی ید العامل لیس بشرط فی صحه القراض، فلو قال المالک: أنا أبقی المال فی یدی و ادفع الثمن کلما اشتریت متاعا صح، إلا أنه کما تری ضروره عدم منافاه ذلک علی

تقدیر تسلیمه، لاقتضاء إطلاق العقد ذلک، کضروره المکابره فی عدم دلاله إطلاق العقد علی الإذن فی البقاء و العمل به و تقلیبه، فإنه إذا لم یکن کذلک لم یبرء حتی ف ی صوره ما إذا اشتری به و دفع المال إلی البائع التی حکم المصنف و غیره، بل فی المسالک الإجماع علیه، بأنه متی فعل ذلک برء من الضمان لأنه قد قضی دینه أی المالک بإذنه ضروره صراحه ذلک تحقق الاذن منه التی هو قد اعترف صریحا بعد ذلک فی کلامه بزوال الضمان معها

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

حتى أنه حكى عن بعضهم القول بالعدم، و ضعفه بأنه حينئذ وكيل محض، و إن كان له فى القبض مصلحه إذ هو كالوكيل بجعل، و بذلك ظهر لك انتقاض كلامه من جميع أطرافه.

و أما القول بعدم زوال الضمان معها أيضا، ففيه- مضافا إلى ما سمعته- أنه أداء إليه، ضروره دخوله بذلك تحت سلطانه الذى هو معنى اليد، و إن أردت زياده التحقيق فى ذلك فلاحظ ما سلف لنا فى كتاب الرهن، و الله العالم.

و لو كان له دين لم يجز أن يجعله مضاربه إلا بعد قبضه بلا خلاف و لا إشكال لما عرفت من اعتبار العينيه فى مال القراض المنافيه للدينيه و كذا لو أذن للعامل فى قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد بعد القبض، إذ هو لم يخرج بالإذن عن كونه دينا.

نعم لو وكله على القبض ثم العقد عليه قراضا فيكون موجبا قابلا عنه صح، بناء على جواز مثل ذلك.

و فى المسالك ان فى قول المصنف «ما لم. الى آخره» إشاره إلى صحه القبض و ان كان مترتبا على عقد فاسد، و فيه إنه يمكن أن يكون ذلك مبنيا على إجازه القبض عنه، بعد وقوعه، على أن ظاهر العباره فرض التصريح بالإذن مستقلا، لا المستفاده من العقد الفاسد و الأمر سهل.

[تفريع لو قال بع هذه السلعه فإذا نض ثمنها، فهو قراض لم يصح]

تفريع.

لو قال بع هذه السلعه فإذا نض ثمنها، فهو قراض لم يصح لأن المال أى الثمن ليس بمملوك عند العقد ضروره عدم دخوله فى الملك قبل وقوع البيع، على أنه مجهول، بل التعليق محقق، فلا إشكال فى الفساد، خلافا للمحكى عن بعض العامه من الجواز، فلا ريب فى فساده.

و لو مات رب المال و بالمال متاع فأقره الوارث لم يصح لأن العقد الأول بطل بالموت، و ليس هو فضوليا بالنسبه إلى الوارث الذى لم يكن له علقه بالمال حال العقد بوجه من الوجوه، و بذلك افترق عن إجاره البطن الأول العين الموقوفه

مـده زادت على حياتهم، فإن الإجاره تصـح بإجازه البطن الثانى، لتعلق حق لهم من الواقف، فالإجاره على المده الزائده فى نفس الأمر لهم، و إن لم يعلم بها حال العقد، بخلاف المقام الذى هو ابتداء ملك للوارث بالموت، و حينئذ فالمدار فى الفضوليه كون المعقود عليه حـال العقـد للغير، و لكن الفضولى أجرى العقـد عليه، بخلاف نحو المقام الـذى هو للمالك، و لكن بالموت ينتقل عنه إلى وارثه، فليس هو فى عقـده على ماله فضولا عن الغير الـذى لا مـدخليه له حال العقد، و كذا إجاره الإنسان ماله مده مات فى أثنائها، بناء على انفساخ الإجاره، فإنه لا يجدى فى صحه الاستمرار إجازه الوارث.

نعم تجـدى إجازه الوارث فى مثل الوصـيه التى هى تصـرف بعـد الموت الـذى هو محل تعلق حق الوارث، و فى مثل التنجيز فى المرض الذى تعلق فيه حق الوارث، و صحه الإجازه فى الأول قبل الموت إنما هو للدليل على أنه فى التصرف بعده، و كذا الثانى الذى قد عرفت الحق فيه و هو واضح.

بل لا يصـح ابتداء القراض فى الفرض الذى قد عرفت امتزاج المال فيه بالعروض حتى فى النقد منه خاصه، لعدم ذكر الحصه له، و إنما ذكرت للجميع الذى منه العروض.

نعم لو فرض كون المـال ناضـا و أراد التجديـد عليه لم يكن به بـأس، حتى إذا كان بلفظ التقرير، لما عرفت من عـدم اعتبار لفظ خاص فى مثل هذا العقد، و الله العالم.

و لو اختلفـا فى قـدر رأس المـال، فـالقول قول العامـل مع يمينه سواء كـان المـال باقيـا أو تالفـا بتفريـط أو غيره لأنه اختلاف فى المقبوض و فى الواصل إليه و الداخل تحت سلطانه بالتصـرف فيه، و لا ريب فى أن الأصل عدم ذلك بالنسبه إلى الزائد، بل هو فى صوره التلف بتفريـط، غارم محض، و الأصل براءه ذمته، فيكون هو المنكر، بل ظاهر المتن و غيره أن ذلك كـذلك حتى لو فرض ظهور ربح لذلك أيضا.

لكن قـد يشـكل حينئذ بأن ذلك يؤل من العامل إلى دعوى زياده اسـتحقاقه فى المال المشـخص، بل ذلك فى الحقيقه اختلاف فى قدر استحقاق العامل فى المال

المخصوص، و لا ريب فى أن القول قول المالك فيه، لأصاله عدم استحقاقه الزائد و أصاله عدم ربح للمال، و عدم زيادته، و لأن الأصل مع بقاء المال يقتضى كون جميعه للمالك، بل هو كذلك حتى فى صوره التلف بتفريط، إذ المضمون قدر مال المالك، و إذا كان الأصل يقتضى كون الجميع له إلا ما أقر به للعامل، فهو ضامن له حينئذ، إذ الضمان تابع للاستحقاق.

و من هنا جزم فى جامع المقاصد و المسالك بأن القول قول المالك فى الفرض و استحسنه فى الرياض، و لعله الأقوى، و منه يعلم ما عن فخر المحققين من أن القول قول المالك إلا مع التلف بتفريط، إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه.

و لو خلط العامل مال القراض بماله بغير إذن المالك خلطا لا يتميز ضمن، لأنه تصرف غير مشروع له ضروره كونه أمانه فى يده، فلا يجوز خلطها كالوديعه، على أن الشركه عيب.

نعم لا يبطل العقد بذلك، فيبقى الربح حينئذ بينهما على حسب الشرط، و إن أثم بذلك العامل و ضمن، هذا كله مع إطلاق العقد، أما مع الإذن فى ذلك خصوصا أو عموما فلا بأس به مع المصلحه فى الأخير، كما هو واضح.

[الأمر الثالث فى الربح]

الأمر الثالث فى الربح و يلزم الحصه منه بالشرط فى هذه المعامله إن نصفا فنصف، و إن ثلثا فثلث دون الأجره على الأصح الموافق لما هو المشهور، بل المجمع عليه من مشروعيتها، المدلول عليها بقوله تعالى (۱)«إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» و غيره و بالمتواتر من السنه المرويه من الطرفين، فما عن المفيد و الشيخ فى النهايه و سلار و ابن البراج و ظاهر أبى الصلاح من عدم مشروعيتها فليس للعامل حينئذ إلا أجره المثل، و إن وقع من المالك اشتراط الحصه من الربح، الا أنه من الوعد الذى لا يجب الوفاء به- معلوم البطلان و واضح الفساد. نعم لا بد أن يكون

۱- ۱ سوره النساء الآيه- ۲۹.

جمیع الربح مشاعا علی جهه الشرکه بینهما ف لو کان لأحدهما شی ء معین منه و الباقی للآخر بطل إجماعا.

و کذا لو قال خذه قراضا و الربح لی فسد قراضا و ان کان یمکن هنا أن یجعل بضاعه

نظرا الی المعنی إذ قد عرفت أنها المال المدفوع لیعمل به، علی أن الربح لمالکه بلا أجره للعامل، فهی حینئذ توکیل فی التجاره تبرعا، لاـ تختص بلفظ، فمنه اللفظ المزبور، و ان ذکر فیه لفظ القراض الا انه یمکن إراده البضاعه منه و لو مجازا فإنه أولی من الغائه و لکن مع ذلک فیه تردد من ذلک، و من ظهور اللفظ فی إراده المعنی الحقیقی الذی هو أعم من الصحیح و الفاسد، و هو غیر معنی البضاعه الذی هو الإقدام علی التبرع فی العمل، و لیس فی الفرض ما یشعر بذلک بوجه، فدعوی اتحاد المعنی حینئذ واضحه الفساد، کدعوی کون اللفظ لغوا.

و کذا التردد لو قال خذه قراضا و الربح لک (۱۱) بین صیرورته قرضا فالربح کله للعامل، و بین کونه قراضا فاسدا فالربح کله للمالک، و علیه الأجره للعامل، إلا أنک قد عرفت ما یقوی منه کونه قراضا فاسدا کما هو المشهور، الا أن تقوم قرینه حالیه أو مقالیه علی إراده الإقدام علی التبرع فی الأول، و إنشاء التملیک للمال فی الثانی، و کأنه لمح الی ذلک فی المسالک بقوله هنا «و محل الإشکال إذا لم یقصد القرض و لا القراض، إما بأن لم یقصد شیئا، أو لم یعلم ما قصد، و الا لکان قرضا فی الأول، و قراضا فاسدا فی الثانی بغیر اشکال.

لکن لاـ یخفی علیک أنه لا دلاله علی القصد إلا بظاهر اللفظ الصادر من اللافظ و الفرض صدور الفظ القراض منه، و المنساق من اللفظ حقیقته، فلیس حینئذ إلا الحکم علیه بإراده القسم الفاسد منه.

نعم بناء علی اعتبار الشرکه فی الربح فی مفهوم القراض یتجه احتمال إراده التجوز منه، بإراده البضاعه و القرض، إلا أن الظاهر اعتبار ذلک فی الصحه لا المفهوم، و مع الإغضاء عن ذلک کله فالأصل احترام عمل المسلم، و الأصل تبعیه النماء للمال، و عدم

إنشاء التمليك بعوض فى الذمه، و بذلك يظهر لک ما فى قول المصنف.

أما لو قال: خذه فاتجر به و الربح لى كان بضاعه: و لو قال: و الربح لك كان قرضا ضروره عدم الفرق بين هذا و بين ما تقدم، إلا بعدم وجود لفظ القراض فيه، و لكن ذلک لا يعين إراده القرض و البضاعه منه، إلا بدعوى انصراف الإطلاق إليهما، أو حمله عليهما و لو لأصاله الصحه كما هو ظاهر المسالک، إلا أنها يمكن منعها.

نعم لو قصد القرض و البضاعه منه لم يكن ثم إشكال، بل لا إشكال فى جريان القراض الفاسد عليه إذا قصد به، فإن التصريح بالقراض و نحوه فى العقد ليس بشرط، بعد صلاحيه العقد له.

و لو اختلفا فى العقد المبطل ففى المسالک احتمل تقديم المالک، لأنه أعرف به و العامل نظرا إلى ظاهر اللفظ، و ترجيحا للصحه، و لو اختلفا فى ضميمه اللفظ قدم قول مدعى ما يصح معه العقد، لأصاله الصحه و عدم الضميمه.

قلت: لا يخفى عليك عدم إتيان الوجهين بعد تسليم كون ظاهر اللفظ ذلک، ضروره عدم وجه لمن يدعى خلاف الظاهر بلا قرينه، و إلا لزم من ذلک فساد كثير، كما أنه لا يخفى عليك عدم كون الثانى من مقام مدعى الصحه و الفساد، ضروره عدم اتفاقهما على حصول المعامله المخصوصه بينهما، و اختلافهما فى الصحه و الفساد، كى يقدم مدعيها على مدعيه، و إنما اختلافهما فى أن الواقع بينهما قراض فاسد، أو بضاعه صحيحه، نحو الاختلاف فى أن الواقع بينهما بيع فاسد أو إجاره صحيحه، و لعل الوجه فى مثله التحالف، فلم يثبت العقد الصحيح حينئذ لمدعيه، و يبقى على الأصل الذى قد عرفت اتحاده فى الحكم مع القراض الفاسد، لقاعده احترام عمل المسلم، و تبعيه النماء.

اللهم إلا أن يقال: إن أصاله الصحه أيضا تجرى فى نحو الفرض، باعتبار اتفاقهما على كون الواقع بينهما أحدهما، و الفاسد منهما ينفى بالأصل، فليس حينئذ إلا الصحيح، أو يقال: إن محل الفرض فى عباره المسالک الاختلاف فى ضميمه اللفظ المقتضى للفساد و عدمها، و لا ريب فى موافقه الثانى للأصل.

نعم قد عرفت الإشكال فی الصحه مع عدم اللفظ، اللهم إلا أن یدعی انسیاق ذلک من نحو اللفظ عرفا، و هو کما تری خصوصا بعد ما عرفت من اقتضاء الأصول مع الشک، نتیجه القراض الفاسد و الله العالم.

و لو شرط أحدهما شیئا معینا و الباقی بینهما فسد لا لعدم الوثوق بحصول الزیاده فلا تتحقق الشرکه بل لعدم ثبوت ما یدل علی الصحه فی الفرض، ضروره اقتصار النص و الفتوی علی صحه المشتمل علی اشتراک جمیع الربح بینهما علی جهه الإشاعه بنحو النصف و الثلث و الربع، و ما یؤدی مؤداها، و منهما ینقدح الشک فی تناول الإطلاقات له، هذا مع قطع النظر عن ظهور النصوص فی البطلان، و لو لظهورها فی اعتبار الشرکه الإشاعیه فی جمیع الربح، فضلا عن صریح الفتاوی، فحینئذ یبطل القراض و إن وثق بالزیاده، لعدم اشتراک جمیع الربح بینهما حینئذ، بعد اختصاص أحدهما بشی ء معین منه، کما هو واضح.

و لو قال خذه علی النصف صح لتبادر کون المراد من مثل هذه العباره أن الربح بینهما نصفین، لا لأن المالک لا یفتقر إلی تعیین حصه للتبعیه، و إنما یفتقر إلیها العامل الذی قد ذکر أن النصف له، فإنه المحتاج إلی الاشتراک، لما نظر فیه فی المسالک بأنه کما یحتمل ذلک، یحتمل أن یکون النصف المذکور للمالک، و الآخر لم یذکره اتکالا علی التبعیه، فیبطل العقد، و حینئذ افتقاره إلی تعیین حصه العامل لا یقتضی کون اللفظ المشترک محمولا علیه، و ان کان ذلک لا یخلو من نظر، خصوصا بعد ما سلف منه من إمکان تشخیص أصاله الصحه نحو ذلک الا أنه یسهل الخطب ما عرفته من تبادر المعنی المزبور من غیر اختصاص لأحدهما و کذا لو قال: خذه علی أن الربح بیننا للتبادر المذکور، و من هنا لو اتفقا علی ذکر ذلک و اختلفا بالتفاوت یقضی بالربح بینهما نصفین کما فی کل مقام ذکر فیه لفظ الاشتراک أو ما یؤدی مؤداه فی الإقرار و غیره، فإنه یفهم عرفا منه مع الإطلاق التساوی، فما عن بعض الشافعیه- من الحکم بالبطلان لمنع التبادر المزبور فیتجهل العقد- واضح الفساد و الله العالم.

و لو قـال: خـذه على أن لـك النصف صـح و أما لو قال: على أن لى النصف و اقتصـر، لم يصـح لأنه لم يعين للعامل حصه و قد قيـل: فى وجه الفرق إن الربـح لما كان تابعا للمال، و الأصل كونه للمالك، لم يفتقر الى تعيين حصـته، فإن عينها كان تأكيـدا، و أمـا تعيين حصه العامـل فلاـ بـد منه، لعـدم اسـتحقاقها بـدونه، فـإذا قال: النصف لك كان تعيينا لحصه العامل، و بقى الباقى على حكم الأصل، بخلاف العكس فإنه لم يقتض ذلك كون النصف الآخر لغيره، بل هو باق على الأصل أيضا، فيبطل العقد.

قلت: قـد يمنع ذلـك بـدعوى انسياق إراده كون الربـح بينهما نصـفين من نحو هـذه العباره عرفا، من غير فرق بين ذكر النصـف للمالك أو للعامل، فإن المراد النصف الآخر للآخر، كما هو واضح.

و لو شرط لغلامه أو غلام العامل حصه معهما صح، عمل الغلام أو لم يعمل بناء على أن العبد لا يملك شيئا، فاشتراطها حينئذ له اشتراط لسيده و الفرض أنه أحدهما، و يجوز تساويهما فى الحصه و تفاوتهما.

نعم بنـاء على ملكه يتجه فيه مـا سـمعته من الاـشتراط للأـجنبى، لكن قـد يناقش بعـدم دلاله الاشتراط للعبـد على إراده الاشتراط للسـيد، و عـدم قـابليه العبـد للملـك لاـ يصـلح قرينه لـذلك، على أنه يمكن فرض العلم بعـدم إراده ذلك، و المتجه حينئـذ فيه البطلان، إلا أن الإنصاف إمكان دعوى انسياق إراده المالك عرفا على نحو الاشتراط للدابه أو السفينه.

و أما لو شـرط لأجنبى و لو كان خادما لأحدهما فالمشهور أنه إن كان عاملا صح الشرط لأنه حينئذ يكون بمنزله العامل المتعدد و إن لم يكن عاملا فسـد لأن الثابت من القراض ما كان تمام الربـح فيه مشتركا بين المالك و العامل، هذا، و لكن فى المسالك «لاـ بـد من ضـبط العمل بما يرفع الجهاله و كونه من أعمال التجاره لئلا يتجاوز مقتضاها، و إنما وصـفه بالأجنبى مع كونه عاملا، لأن المراد بالعامل هنا من يكون إليه التصرف فى جميع ما يقتضيه العقد،

و هـذا المشـروط له، ليس كـذلك، و إنمـا اشترط عليه عمـل مخصوص بـأن يحمل لهم المتاع إلى السوق، أو أن يـدلل عليه، و نحوه من الأعمال الجزئيه المضـبوطه، فلو جعل عاملا فى جميع الأعمال، كان العامل الـذى هو أحـد أركان العقـد متعـددا، و هو غير محل الفرض، و بهذا يندفع ما قيل من ان شرط العمل ينافى كونه أجنبيا».

قلت: قـد يقـال: إن ظـاهر النصوص أو المتيقن منهـا كون الربـح فى القراض بين المقـارض، و المقـارض، و العامل المـذكور إن فرض كونه مقارضـا صـار من تعـدد العامـل، و هو غير مـا نحن فيه، و لـذا اعتـبر فيه تعيين العمـل الـذى لاـ يعتبر مع فرض كونه مقارضا، و إلا كان أجنبيا لا يجوز الشرط له و إن عمل بعض مقدمات التجاره، فإن ذلك لا يجعله عاملا، بمعنى كونه مضاربا، و إلا لجاز الشـرط مع العمل لغير التجاره، بل و مع عدم العمل أصـلا، ضروره اشتراك الجميع فى المصحح، بناء على أنه الاشتراط المزبور.

و من ذلـك يعلم مـا فى قول المصـنف و فيه وجه آخر بنـاء على أنه ما حكاه فى المسالك من صـحه الشـرط له و إن لم يعمل، لعموم (۱)

«المؤمنون»(۲)

«و أَوْفُوا» أو أن المشـروط يكون للمالك حيث لم يعمل، رجوعا إلى أصـله، لئلا يخالف مقتضى العقد، و لإقدام العامل على أن له مـا عين له خـاصه، إذ قـد عرفت أن ظـاهر النصوص أو الثـابت فيهـا مـا سـمعت على وجه لا يعارضه العموم المزبور، بناء على شموله لمثل المقام. و الله العالم.

و لو قال خذه قراضا و لك نصف ربحه صح بلا خلاف و لا إشـكال و إنما ذكره مقدمه لقوله و كذا لو قال: لك ربح نصفه بناء على إراده نصف مـا يربـح من المـال قل أو كثر، إذ هو حينئـذ كالأول فى المراد، و إن تغيرت العباره و ذلك لأن الفرض إشاعه النصف، فكل جزء من المال إذا ربـح فنصف ربحه للعامل، و نصـفه للمالك، و لو فرض كون الربـح للنصف خاصه، كان ذلك هو رأس المال، و الذى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

۲- ۲ سوره المائده الآيه- ۱.

لم يربـح لاـ اعتـداد به، و كل جزء من النصف الـذى ربـح بين المالك و العامل، لما عرفت من الإشاعه المزبوره، و بـذلك ظهر لك أن ما عن أحد قولى الشيخ من البطلان واضح الضعف، بناء على إرادته ما فرضناه، و ظنى أنه لا يريده، خصوصا بعد تعليله البطلاـن بمنافـاته لمقتضـى القراض، من أن ربـح كـل جزء بينهمـا، و هنا قـد شـرط ربـح النصف الواحـد للمالك لا يشاركه فيه العامـل، و الآخر بالعكس، و ربما ربـح نصـفه فيختص به أحـدهما، أو ربـح أكثر من النصف، فلا تكون الحصه معلومه، ضـروره ظهوره فى فرض موضوع البطلان، أن حصه كل منهما فى النصف من حيث النصفيه و لا ريب فى البطلان مع هذا القصد، و ربما كان ذلك هو المنساق فى بادى النظر من مثل اللفظ المزبور، إلا أن التأمل الصادق يقضى بإراده ما ذكرناه أولا فتأمل.

و الله العالم.

و لو قال لاثنين مثلا: ضاربتكما بهذا المال مثلا و لكما نصف الربح مثلا صح لإطلاق الأدله و السيره، و لفظ العامل فى النصوص يراد منه الجنس الشامـل لمـا زاد على الواحـد، أو المثـال، كالمالـك فإنه لا يعتبر فيه الاتحاد أيضا، فيجوز مضاربه الاثنين لواحد مثلا، كما أنه يجوز فى الصورتين تمييز كل من مالى العاملين، و عدمه، و بذلك ظهر لك الحكم فى جميع الصور المتصوره فى المقـام، كمـا أنه ظهر لـك ممـا تقـدم سابقـا أنه لو وقع عقـد المضاربه مع العاملين على النحو الـذى فرضـناه صـح و كانا فيه أى النصف سواء لما عرفته من اقتضاء الإطلاق ذلك و لو للتبادر.

نعم لو فضل أحـدهما صـح أيضا عندنا و إن كان عملهما فيه سواء و مختلفا، لأن غايته اشتراط حصه قليله لصاحب العمل الكثير، و الحصه على الشـرط مع ضبط مقدارها، و لأن عقد الواحد مع الاثنين، كعقدين، فيصح كما لو قارض أحدهما فى نصف المال، بنصف الربـح، و الآخر فى نصـفه الأخر بثلث الربح، فإنه جائز اتفاقا، كما فى المسالك خلافا لبعض العامه، حيث اشترط التسويه بينهما فى الربح مع استوائهما فى العمل، قياسا على اقتضاء شركه الأبدان ذلك،

و الأصل و الفرع عندنا باطلان، كبطلان ما يحكى عن الجوينى منهم، من اعتبار الاستقلال لكل من العاملين فى صحه مضاربتهما، فلا يجوز اشتراط مراجعه أحدهما الآخر، إذ هو كما ترى، لا مستند له، بل إطلاق الأدله على خلافه.

إنما الكلام فى جمله من الفروع المتعلقه بالمسألتين التى لم نعثر على محرر لها منها- ما لو اتفق فسخ المضاربه بفاسخ قهرى أو اختيارى، و كان أحدهما قد عمل و ربح و الآخر بعد لم يعمل، فهل يستحق حصته من الربح و إن لم يكن له مال و لا عمل.

و منها- فيما لو قارض الاثنان واحدا بعقد واحد، و حصه مشاعه منهما، إلا أن مال كل منهما متميز، فعمل بأحدهما و ربح، و لم يعمل بالآخر، أو عمل و لم يربح، و اتفق انفساخ المضاربه، فهل يستحق من لم يربح ماله بربح مال الآخر، و هل تجبر خساره مال أحدهما بربح مال الآخر باعتبار اتحاد عقد المضاربه أو لا، بل هى بمنزله مضاربتين يلحق كلا منهما حكمها بالنسبه إلى ذلك، من غير مدخليه للأخرى فيها، و إنما الاتحاد يؤثر بالنسبه إلى سرايه الفسخ أو الانفساخ من أحدهما إلى الآخر، لكون العقد واحدا فلا يتبعض، و الذى يقوى فى هذا، الثانى، كما أن الذى يقوى فى سابقه الأول، لأنه مقتضى عقد المضاربه، إلى غير ذلك من الفروع فى المقام التى تلحق الصور المتصوره فيه باعتبار تعدد المالك و العامل، و اتحاد المال و تعدده، و منشأ الاشكال فى الجميع اتحاد صيغه المضاربه و الله العالم.

و لو اختلفا فى نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه عند علمائنا كما فى التذكره، لأنه منكر للزائد، و لأن الأصل تبعيه النماء للمال، فلا يخرج عنه إلا ما أقر المالك بخروجه عنه، من غير فرق فى ذلك بين ظهور الربح و عدمه، لكن فى جامع المقاصد «هذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح، لأن المالك متمكن من منع الربح كله بفسخ العقد، و أما بعد حصوله فإن كلا منهما مدع و مدعى عليه، فإن المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصه الدنيا، و العامل ينكر ذلك» و ضعفه فى المسالك بأن نفس العمل لا تتناوله الدعوى، لأنه بعد

انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه، و كذا قبله، لأن العقد الجائز لا يستحق به العمل، و إنما المستحق المال الذى أصله للمالك، و حقيقه النزاع فيه، فيجى ء فيه ما تقدم من الأصول.

قلت: أولاـ قد يتصور النزاع قبل ظهور الربح فيما لو اتفق لزوم المضاربه و لو بالاـشتراط فى عقد لازم، و حينئذ يتجه دعوى المالك.

و ثانيا: أنه لا ريب فى أن كلا منهما مدع و منكر إذا كان نزاعهما فى تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربه، ضروره اقتضاء الأصل عدم كل من الشخصين نعم بعد تعارض الأصول فى ذلك يرجع إلى أصل آخر، و لا ريب فى كونه مع المالك، لأن الأصل عدم استحقاق العامل الزائد، نحو ما ذكروه فى الاختلاف فى الأجره فى عقد الإجاره، و الثمن فى البيع مع عين تلف المبيع، و غير ذلك من المقامات التى حكموا فيها بأن القول قول المالك، بل ظهر لك حينئذ أولويه ذلك فى حال ظهور الربح. و أما حال عدمه و فرض لزوم العقد، فإنه و إن كان قد يقال: إن المالك حينئذ مدع استحقاق العمل، لكن قد يدفع بأنهما قد اتفقا على استحقاقه، و إنما النزاع فى الحصه كالأـجره و لاـ ريب فى أن مدعى زيادتها هو المدعى، بعد قطع النظر عن النزاع فى تشخيص العقد المتضمن لها و الله العالم.

و لو دفع قراضا فى مرض الموت، و شرط ربحا صح، و ملك العامل الحصه و إن كانت أزيد من أجره المثل، و قلنا بأن التبرعات من الثلث، لكن من المعلوم أن ذلك فيما إذا فات سببها على الوارث، بخلاف المقام الذى لا فوات، فإن الربح أمر معدوم متوقع الحصول، و ليس مالا للمريض، بل هو على تقدير حصوله أمر جديد حصل بسعى العامل، و حدث على ملكه بعد العقد، فلم يكن للوارث فيه اعتراض، و بذلك افترق عن مثل نماء الدابه و الشجره.

و لو قال العامل: ربحت كذا و رجع، لم يقبل رجوعه، و كذا لو ادعى الغلط لسبق إقراره الماضى عليه، لقاعده «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» و قاعده «عدم سماع الإنكار بعد الإقرار» السالمتين عن معارضه قاعده «سماع الأمين فى كل

ما یدعیه» بعد عدم ثبوت هذا العموم فیها، و إنما الثابت المسلم منها ما لم یسبق بإقرار، و علی فرض العموم المزبور یمکن ترجیح قاعده «الإقرار» علیها، فتخص بها حینئذ، بل قد یقال: إن ما نحن فیه من تقدیم أحد قولی الأمین علی الآخر.

و علی کل حال فلا ریب فی تقدیم إقراره السابق، من غیر فرق فی ذلک بین ذکره و جهالته محتملا، و عدمه، خلافا لبعض العامه، بل ظاهر قول المصنف و غیره لم یقبل عدم سماع بینته علی ذلک، لکونه مکذبا لها بإقراره السابق، و عموم (۱)

«البینه علی المدعی»

إنما هو ظاهر فی کون الدعوی مسموعه، لا ما إذا أسقطها الشارع بقاعده «الإقرار» فیبقی حینئذ شهاده البینه نفسها، بلا دعوی، و لا

ریب فی تقدیم قوله المخالف لها علیها، لعدم ثبوت حجیتها فی هذا الحال، خصوصا بعد أن کان المشهود به حقا له، فلا ریب فی تقدیم قوله فیه، فتأمل. هذا کله إذا کان ذلک منه رجوعا أو دعوی غلط أو نحو ذلک.

أما لو قال: ثم خسرت، أو قال: ثم تلف الربح، قبل لأنه أمین یصدق بالنسبه إلی ذلک. نعم قیده فی التذکره فیما إذا کان دعوی الخسران فی موضع یحتمل، بأن عرض فی السوق کساد، و إلا لم یقبل، و لا بأس به.

و العامل یملک حصته من الربح بظهوره ملکا متزلزلا و لا یتوقف ذلک علی وجوده ناضا علی المشهور بین الأصحاب، بل لا یکاد یتحقق مخالف فیه منا، کما فی المسالک، بل لعله ظاهر التذکره أیضا، لاتفاق اقتضاء العقد و النص و الفتوی علی کون الربح بینهما، و لا ریب فی تحققه بمجرد ظهوره لغه و عرفا.

و خصوص

الصحیح (۲)«رجل دفع إلی رجل ألف درهم مضاربه، فاشتری أباه و هو لا یعلم قال: یقوم فإن زاد درهما واحدا انعتق، و استسعی فی مال الرجل»

إذ لو لم یکن مالکا لحصته بالظهور لم ینعتق، فلا وجه حینئذ لذلک إلا دخول الحصه فی الملک، و یسری العتق فی الباقی کما هو القاعده فیه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحکام المضاربه الحدیث- ۱.

و لأن الربح مع ظهوره مملوك، فلا بد له من مالك، و رب المال لا يملكه اتفاقا، و لا يثبت أحكام الملك فى حقه، فيلزم أن يكون العامل، إذ لا مالك غيرهما اتفاقا.

و لأن العامل يملك المطالبه بالقسمه التى هى فرع الملك، إذ لا يكفى فى استحقاقها مجرد العلقه، لأنها حينئذ ليست قسمه حقيقه، و إطلاقهم يقتضى أنها حقيقه.

لكن مع ذلك كله عن الفخر عن والده أن فى المسأله أربعه أقوال، و إن كان لم يذكر القائل بها، أحدها: ما سمعت.

الثانى: الملك بالإنضاض، لأنه قبله غير موجود خارجا، بل مقدر موهوم، و المملوك لا بد أن يكون محقق الوجود، نعم الظهور موجب لاستحقاق الملك بعد التحقق، و لهذا يورث عنه، و يضمن حصته من أتلف المال و إن كان المالك.

الثالث: الملك بالقسمه، لأنه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعا فى المال، كسائر الأموال المشتركه، و التالى باطل، لانحصاره فى الربح، و لأنه لو ملك لاختص بربحه، و لأن القراض معامله جائزه، و العمل فيها غير مضبوط، فلا يستحق العوض فيها إلا بتمامه كمال الجعاله.

الرابع: أن القسمه كاشفه عن ملك العامل، لأن القسمه ليست من الأسباب المملكه، و المقتضى للملك إنما هو العمل، و هى داله على تمام العمل الموجب للملك لكن فى المسالك «عن التذكره أنه لم يذكر فى المسأله عن سائر الفقهاء من العامه و الخاصه سوى القولين الأولين، و جعل الثانى للشافعى فى أحد قوليه، و لأحمد فى إحدى الروايتين، و وافقنا فى الباقى على الأول، فلا يدرى لمن ينتسب إليه هذه الأقوال، و هى مع ذلك ضعيفه المأخذ، فإنا لا نسلم أن الربح قبل الإنضاض غير موجود، لأن المال غير منحصر فى النقد، فإذا ارتفعت قيمه العرض فرأس المال منه ما قابل قيمه رأس المال، و الزائد ربح متحقق الوجود، و لو سلم أنه غير متحقق الوجود لا يقدح فى كونه ملكا، فإن الدين مملوك، و هو غير موجود فى الخارج،

بل هو فی الذمه أمر کلی، هذا ما علی الثانی.

و علی الثالث أنه لا ملازمه بین الملک و ضمان الحادث علی الشیاع، إذ یجوز أن یکون مالکا، و یکون ما یملکه وقایه لرأس المال، فیکون الملک متزلزلا، و استقراره مشروط بالسلامه، و کذا لا منافاه بین ملک الحصه، و عدم ملک ربحها، بسبب تزلزل الملک، و لأنه لو اختص بربح نصیبه لاستحق من الربح أکثر مما شرط له، و لا یثبت بالشرط ما یخالف مقتضاه، و لأن القسمه لیست من العمل فی شی ء، فلا معنی لجعلها تمام السبب فی الملک، فلا وجه للإلحاق بالجعاله، کما نبه علیه فی الوجه الرابع، و من ضعف ما سبق یستفاد ضعف الرابع، لأنه مرتب علیها.

و قد تبع بذلک کله أو أکثره ما فی التذکره و جامع المقاصد، إلا أن الانصاف عدم خلو المسأله من إشکال إن لم یکن إجماعا، و ذلک لأن الربح حقیقه ما زاد علی عین الأصل الذی هو رأس المال، و قیمه الشی ء أمر وهمی لا وجود له ذمه، و لا خارجا و إنما هو من فروض الذهن، و بذلک افترقت عن الدین الذی هو و إن کان کلیا، إلا أنه مال- شرعا و عرفا- موجود فی الذمه، بخلاف قیمه الشی ء، و عدم انحصار المال فی النقد، بل هو و العرض مال، لا یقتضی تحقق الربح حقیقه، بعد ما عرفت أنه حقیقه الزائد علی عین رأس المال المتوقف علی تحقق رأس المال فی الخارج، و لا یکفی فیه کون الشی ء یسوی مقدار رأس المال، ضروره عدم صیرورته بذلک عین رأس المال.

نعم قد یطلق علی مثل ذلک أنه ربح تسامحا بناء علی أصل السلامه، و إمکان الإنضاض فی سائر الأوقات، و نحو ذلک مما یخرجه من القوه إلی الفعل، و حیث کانت قریبه إلیه أطلق علیه اسم الربح، و بذلک یظهر لک سقوط جمله من الأدله السابقه المبنیه علی کون ذلک ربحا حقیقه، و طلب القسمه حقیقه انما یتم بعد الفسخ مع رضی المالک بالعروض عوضا عن رأس ماله، و هو خروج عما نحن فیه.

نعم لا بأس أن یقال: انه بالظهور ملک العامل أن یملک، بمعنی أن له الإنضاض و لو قدر رأس المال، فیتحقق الربح حینئذ و یتبعه تحقق الملک، و به یورث

و يضمن التالف له، و غير ذلك، فإن أراد الأصحاب بالملك حال الظهور هذا المعنى الذى لا ينافيه قواعد الشركه، و لا قاعده تبعيه النماء، و لا غير ذلك، كان متجها و الا فقد عرفت ما فيه ان لم يكن إجماعا، بل لعل الوجه فى خبر عتق الأب ذلك أيضا، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك فى العتق المبنى على السرايه، فإن ملك أن يملك جزء من الأب أيضا موجب كالملك نفسه، فتأمل جيدا. فإن المسأله محتاجه إلى تأمل و حسن انتقاد.

و كيف كان فقد صرح غير واحد من الأصحاب- القائلين بالملك بالظهور- أن المراد به ملك متزلزل، بل لعله إجماع بينهم، و حينئذ فالكلام فيما يستقر به و فى المسالك «هو اما إنضاض جميع المال، أو إنضاض قدر رأس المال مع الفسخ أو القسمه أو لا معها، على قول قوى، و بدونه يجبر ما يقع فى التجاره من تلف أو خسران، سواء كان الربح و الخسران فى مره واحده أو مرتين، أو فى صفقه أو اثنتين و فى سفره أم سفرات، لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال فى زمن ذلك العقد فإذا لم يفضل شى ء فلا ربح، و هو محل وفاق، و سيأتى بعض أحكام ذلك» و فى القواعد «و انما يستقر بالقسمه أو الإنضاض و الفسخ قبل القسمه».

و تفصيل الحال أن فى المسأله صورا، و ذلك لانه اما ينضم الى الظهور إنضاض جميع المال، أو قدر رأس المال مع الفسخ و القسمه، أو أحدهما، أو بدونهما، أو ينضم إليه القسمه دون الإنضاض، ثم القسمه إما للربح فقط، أو لجميع المال.

الأولى: أن ينضم إلى الظهور الإنضاض لجميع المال أو قدر رأس المال فقط مع الفسخ و القسمه، و لا ريب فى الاستقرار حينئذ، ضروره انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك.

الثانيه: الصوره بحالها لكن مع عدم القسمه، و فيه وجهان أصحهما فى جامع المقاصد و مقربهما فى التذكره و مختارهما فى ظاهر القواعد الاستقرار، لان العقد قد ارتفع، و رأس المال حاصل نض، فيخرج عن كونه وقايه، لارتفاع حكم القراض بارتفاع العقد، و لوجوب صرف الربح إلى ما شرطاه حيث ارتفع العقد.

و الثانی العدم، للاستصحاب و لظاهر

قوله (۱)«علی الید ما أخذت حتی تؤدی»

و لعله لـذلک تردد الفاضل فی محکی التحریر، لکن قـد یجاب عنهما بحصول التأمل عن الأول بارتفاع العقد المقتضـی لخروج المال عن کونه مال قراض، فیبقی أمانه، لأن الید فی الأصل لم تکن ید ضـمان، فینتفی حکـم جبرانه من الربح، لأنه دائر مع کونه قراضا، و بأن وضع الیـد علی مال الغیر و إن کان فی العهـده إلی الأداء إلا أنه لا یلزمه خسـران التالف بغیر تقصـیر من الربـح فی صوره النزاع، و إلا لانتقض بما بعد القسمه قبل القبض.

و فیه منع ارتفاع صـدق اسم مال القراض علیه و إن ارتفع بالفسخ صدق کون العامل مقارضا، و الأدله مطلقه فی أن الوضـعیه فی مال المضاربه علی الربح الذی هو بینهما مع عدمها، فالمتجه حینئذ بقاء حکم المضاربه

علی مالهـا، خصوصـا مع فرض عـدم إنضـاض بعض مالهـا، و قلنـا بان للمالک مطالبه العامل بـذلک، إذ هو لیس إلا لبقاء حکم العقـد السابق و إن انفسـخ، و ربما یرشـد إلی ذلک ما تسـمعه فی الصوره الثالثه، بل قد یقال: إن تسـلیم رأس المال إلی المالک الـذی أخـذه منه من تتمه انتهـاء عمـل المضاربه، و الا لزم عـدم کون الخسـران من الربـح فیما لو نض المال أجمع فی بلـد عمل العامـل التی سـافر إلیهـا و فسـخ هو عقـد المضاربه، ثم تلف بعض المال قبل الوصول إلی المالک، و التزامه مناف لظاهر الأدله، إلی غیر ذلـک ممـا لا یخفی بأدنی تأمل، کزیاده قیم عروض المضاربه قبل القسـمه و قبل الوصول، فإن الظاهر اسـتحقاق العامل فیها علی شرطه فی عقد المضاربه، و غیر ذلک مما یعرف منه قوه الوجه الثانی.

الثالثه: أن یقع الفسخ، و المال عروض کله أو بعضه بحیث لم ینض رأس المال، فإن حصـلت القسـمه مع ذلک حصل الاستقرار، لانقطـاع حکـم القراض، و إلاـ بنی علی أن العامل هل یجبر علی البیع و الإنضاض، فإن قلنا به فحکـم القراض باق، لبقاء العمل، و إن قلنا بالعدم فوجهان کالوجهین السابقین فی الصوره الثانیه.

الرابعه أن تکون القسمه للربح خاصه، و لا ریب فی عدم مدخلیته فی الاستقرار

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

بل إن حصل شی ء من الأمور المذکوره یقتضی الاستقرار، فثبوته به، و إلا فلا.

و بذلک کله ظهر لک ما فی عباره القواعد من الحکم بالاستقرار بالقسمه فی مقابل الإنضاض المقتضی للاستقرار بها و إن کان المال عروضا کله أو بعضه، فإن فیه عدم إیجابها الاستقرار بمجردها من دون فسخ القراض، إذ لا معنی لها حینئذ إلا قسمه الربح، لأن رأس المال لا شرکه فیه إلا باعتباره و قسمه الربح وحدها لا تخرجه عن کونه وقایه، إذ المدار فیه علی ارتفاع القراض و انتهاء عمله، و کذا قوله أو الإنضاض و الفسخ یقتضی ظاهرا اعتبار إنضاض جمیع المال، و قد عرفت أنه یکفی إنضاض قدر رأس المال، کما أنه یقتضی عدم الاستقرار إذا حصل الفسخ و المال عروض، لکنه صحیح علی مختاره من وجوب الإنضاض علی العامل.

و أما عباره المسالک فلا ریب فی فسادها علی ما حضرنی من نسختها من عطف القسمه بأو، لکنها غیر نقیه من الغلط، و المتجه کونها بالواو، و حینئذ یأتی فیما اختاره البحث السابق الذی ذکرناه فی الصوره الثانیه.

و أما الصوره الثالثه فلیست مذکوره فی کلامه، و ظاهره عدم الاستقرار فیها، و قد عرفت الحال، کما أنک عرفت الإشاره إلی صوره الفسخ مع القسمه قبل القبض و المتجه حصول القرار فیها، بل و یتجه القرار أیضا بإتلاف المالک مال المضاربه الذی ظهر فیه الربح، لتمحض حق العامل حینئذ فی ذمه المالک، و انفساخ المضاربه حینئذ کما لو استرد المال منه، بخلاف ما لو أتلفه أجنبی، فإن الظاهر بقاء المضاربه فیما اشتغلت به ذمه الأجنبی، کما صرح به الفاضل فی التذکره و الله العالم.

[الأمر الرابع فی اللواحق و فیه مسائل]

اشاره

الأمر الرابع فی اللواحق: و فیه مسائل

[المسأله الأولی العامل أمین]

الأولی لا خلاف و لا إشکال فی أن العامل أمین بل هو إجماعی:

ف لا یضمن حینئذ ما یتلف إلا عن تفریط أو خیانه و لو للتعدی فیه بأن فعل فیه ما لم یأذن له شرعا فیه، و لعل منه السفر بلا إذن من المالک، و شراء شی ء

نهاه المالک عنه، و نحو ذلک مما عرفت ضمان العامل فیه، و إن بقیت المضاربه، بل ظاهر الأدله کونه ضامنا للوضیعه التی تکون فی ذلک، بل صریح بعضهم أو ظاهره ضمانه بالثمن الذی یکون للشی ء فی البلد التی سافر عنها، بل قد یقال: أو یقوی ضمانه الوضیعه المتجدده بعد التعدی. و بالسفر مثلا، و إن تساوی السعر فی البلدین علی وجه لو بقی فی البلد التی سافر عنها لحصلت تلک الوضیعه أیضا، لإطلاق کونها علی العامل مع مخالفته. نعم لو فرض کون الوضیعه سابقا علی سفره فتعدی و سافر و باع بما فیه تلک الوضیعه أمکن حینئذ عدم الضمان، فتأمل.

و علی کل حال فلا إشکال و لا خلاف فی أن قوله أی العامل مقبول فی التلف لأنه أمین و ذو ید علی المال باذن المالک، من غیر فرق عندنا بین دعواه التلف بأمر ظاهر یمکن إقامه البینه علیه أو خفی.

و هل یقبل فی الرد؟ فیه تردد من کونه أمینا کالودعی، و لما فی عدم قبول قوله من التکلیف بما لا- یطاق، لاحتمال صدقه، فتکلیفه ثانیا بذلک من ذلک، أو التخلید بالسجن، و هو المحکی عن الشیخ، و من أصاله عدم الرد، فیکون المالک منکرا أظهره أنه لا یقبل بعموم

قوله علیه السلام (۱)«البینه علی المدعی»

و قبول قوله فی التلف مثلا- لا- یقتضی القبول فی ذلک، و لیس فی الأدله ما یقتضی قبول قول الأمین فی جمیع ما یدعیه علی وجه یشمل ما نحن فیه، و القیاس علی الودعی غیر جائز عندنا، خصوصا بعد الفرق بینهما بالقبض هناک لمصلحه المالک خاصه، بخلاف المقام الذی هو لمصلحتهما، و التکلیف برد المثل أو القیمه یرفع التکلیف بما لا یطاق، و التخلید بالسجن، إذ الکلام هنا فی القبول و عدمه من حیث الغرامه و عدمها، لا من حیث خصوص العین و عدمها.

فمن الغریب ما فی جامع المقاصد و المسالک من أنه إذا لم یقبل قوله فی الرد لزمه تخلیده فی السجن لو أصر علی إنکاره المحتمل الصدق، و هم قد تحرجوا من لک فی الغاصب حیث یدعی التلف، فضلا عن المقام الذی هو أمین، إلا أن یحمل علی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

مؤاخذته و مطالبته به، و إن أدت إلى الحبس، للاستظهار به إلى أن يحصل اليأس من ظهور العين، ثم يؤخذ منه البدل للحيلوله، إلا أن

مثل هذا يأتى فى دعوى التلف خصوصا من الغاصب، و ليس فى كلامهم تنقيح لهذا فينبغى النظر فيه.

قلت: لا بأس بالتزامه فى المقام، و الغاصب مع فرض ثبوت العين عنده، فى ظاهر الشرع، إلا أن يرضى المالک بالبدل، و يكون ذلک من جمله التعزيرات الشرعيه.

لكن لا يخفى عليک أن ذلک كله خروج عما نحن فيه، و إن كان هو جيدا حيث تكون الدعوى فى خصوص العين، فما أطنب فيه صاحب الحدائق- من الإنكار عليه قائلا أنى لا أعرف له وجها، إذ الدعاوى كلها من هذا القبيل- فى غير محله، ضروره أنه ليس ذلک منهما فى دعوى الغرامات و نحوها، و إنما هو فى دعوى خصوص العين.

نعم فيه ما ذكرناه من أن المراد هنا من القبول و عدمه بالنسبه إلى الغرامه، و لو فرض إراده المالک خصوص العين، لاتجه حينئذ ما ذكراه فتأمل جيدا و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا اشترى العامل من ينعتق على رب المال فإن كان بإذنه صح و ينعتق]

المسأله الثانيه: إذا اشترى العامل من ينعتق على رب المال، فإن كان بإذنه صح الشراء و ينعتق قهرا عليه لعدم ملک الولد العمودين فإن فضل شى ء من المال الذى دفعه للقراض عن ثمنه كان هو أى الباقى قراضا لعدم انفساخ عقده، و إلا بطل القراض، لأن مبنى عقد القراض على طلب الربح، فكل تصرف ينافيه يكون باطلا، و من جملته شراء من ينعتق على المالک، لأنه تخسير محض، فضلا عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد، فمع فرض اذن المالک فيه و شراء العامل له بعنوان هذه الإذن لم يكن ذلک من تصرف المضاربه، و انما هو من تصرف الوكاله الخارجه عنها، فتبطل حينئذ فى ثمنها الذى هو بمنزله استرداد المالک له، و يكون الباقى حينئذ رأس المال ان كان، و إلا بطلت المضاربه من أصلها، هذا كله إذا لم يكن فى العبد ربح حين الشراء.

و أما لو كان فيه أى العبد المذكور فضل فالمحكى عن بعض أنه متى كان كذلک ضمن رب المال حصه العامل من الزياده (۱۱) لتحقق الملک بالظهور، و لا يقدح فيه العتق القهرى الصادر بإذن المالک الذى مرجعه الى استرداد طائفه من

المال بعد ظهور الربح و إتلافها، و ان سرى على العامل أيضا بناء على السرايه فى مثله، إلا أنه يغرم المالک له نصيبه مع يساره، و إلا استسعى العبد فيه.

و لكن مع ذلک كله الوجه عند المصنف و ثانى الشهيدين و غيرهما الأجره لا الحصه، لما عرفت من عدم كون ذلک من عمل المضاربه المعتبر فيه إمكان تقليب المال للربح، و أما الأجره فهى كما فى المسالک على هذا العمل، و على ما تقدمه من الحركات و السفر و غيره من المقدمات من حين العقد الى حين وقوع الشراء الذى هو مع اذن المالک فى قوه فسخه فيثبت للعامل عليه الأجره، كما إذا فسخ المالک قبل أن يشترى العامل، و لكن بعد أن سعى و سافر و عمل نحو ذلک، و أما العمل المزبور فهو و ان لم يكن من مقتضيات العقد، لكنه عمل مأمور به من المالک من فاعل معد نفسه للعمل بالعوض، فيجب أن يثبت له أجره مثله، بل على فرض انحصار العمل من حين العقد فيه، ففيه الأجره ان كان مثله مما يحتمل الأجره، و الا فلا و حكم المصنف رحمه الله و غيره بالأجره لا يسع أزيد من ذلک، بل المراد ان كان العمل له أجره، فإن الإحاله على أجره المثل تقتضى أن للمثل أجره قطعا،- الى أن قال- و بهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل، و عمل الوكيل الذى مبنى عمله على التبرع و الأجره ليست من مقتضياته، بخلاف القراض فإنه مبنى على طلب العوض على عمله، من حصه أو أجره.

قلت: هذا خلاصه ما فى المسالک، بل و جامع المقاصد، بل و غيرهما، لكن لا يخفى عليک أولا- ان لم يكن إجماع- أنه لا مانع من جعل مثل هذا التصرف من مقتضى المضاربه، مع التصريح من المالک على جهه ضمان حصته من الربح، أو يسعى العبد فيها، أو صيروره العبد مشتركا بينه و بين المالک، بناء على عدم السرايه، لإطلاق الأدله بل لعل صحيح (۱)شراء العامل أباه الموجب لسرايه العتق أيضا على المالک مما يومى اليه أيضا، و قد عرفت سابقا عدم دليل على اعتبار إمكان التقليب فى كل جزء من مال المضاربه نعم قد يقال: ان كل ذلک و نحوه لا يندرج فى إطلاقها.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحكام المضاربه الحديث- ۱.

و ثانيا: ان المتجه عدم الحصه و الأجره معا، بناء على عدم كونه من تصرف المضاربه، ضروره صيرورته بالإذن فى ذلك وكيلا محضا على ذلك إذا كانت هى المراد منها، و ان أدى ثمنه من مال المضاربه الذى هو أحد أموال المالك، و ما ذكره من الأجره على المقدمات خروج عما نحن فيه، ضروره كون الكلام فى الأجره على نفس العمل، كما أن دعواه الفرق المزبور بين العامل و الوكيل كذلك أيضا، إذ هو فى عمل العامل فيما عقد عليه من العمل، لا فى عمل أجنبى خارج عن المضاربه على ما هو المفروض.

نعم يبقى احتمال الأجره باعتبار كونه عملا مأذونا فيه، و لم يظهر من العامل له التبرع، لتصريح بوكاله أو غيرها، و كان العمل مما له أجره من غير فرق فى ذلك، بين عامل المضاربه أو غيره، كما أنه لا فرق فى المقام بين ظهور الربح و عدمه بناء على ذلك فجعل الأجره من المصنف و غيره فيما لو يظهر الربح فى غير محله، بناء على ان ذلك ليس من عمل المضاربه كما هو واضح.

و ثالثا: أن ما ذكره من أن ذلك من المالك فى قوه فسخ المضاربه فى ثمن العبد، قد يناقش فيه، بأنه يقتضى انفساخ العقد أجمع، لعدم تبعض العقد بالنسبه إلى ذلك، لا أن المضاربه باقيه فيما بقى، إذ ليس هو كتلف بعض رأس المال، إذ ليس ذلك فسخا للعقد، بل خروج عن قابليه جريان أثر العقد فيه، فالأولى حينئذ جعل المقام منه لا من فسخ المالك فى بعض مال المضاربه باسترداد و نحوه، و الأمر سهل. و الله العالم.

هذا كله إذا كان الشراء من العامل باذن المالك و إن كان بغير إذنه و كان الشراء بعين المال بطل أى كان موقوفا على الإجازه فيصح الشراء حينئذ و يقع العتق، و إن لم يكن من المضاربه، بناء على عدم اندراج مثلها فى تصرفها مع التصريح بالإذن، فضلا عن الإطلاق، و احتمال البطلان- و عدم تأثير الإجازه فى مثل هذا التصرف للنهى عنه- كما ترى، ضروره عدم نهى عنه لذاته أو لبعض أركانه كى يترتب عليه الفساد، و إنما هو لعدم ترتب حكم المضاربه عليه، و ذلك لا ينافى الفضوليه، خصوصا إذا كان قد أوقعه بعنوانها كما هو واضح.

و على كل حال فظاهر المصنف عدم الفرق فى ذلك، و فيما يأتى من الشراء بالذمه

بین العلم بالنسب و حکم الشراء المذکور، و الجهل بهما، أو بأحدهما لما عرفت من عدم دخول هذا التصرف فی المضاربه حتی مع التصریح بالإذن، و التباس الأمر ظاهرا لا یقتضی الإذن، لکن احتمل بعضهم الفرق أو مال إلیه، فحکم مع الجهل بصحه البیع، و الانعتاق علی المالک قهرا، و لا ضمان علی العامل، لان العقد المذکور إنما یقتضی شراء ما ذکر بحسب الظاهر، لا فی نفس الأمر لاستحاله توجه الخطاب إلی الغافل، لاستلزامه التکلیف بما لا یطاق، کما لو اشتری معیبا لم یعلم بعیبه فتلف بذلک العیب.

و الفرق بین المعیب و ما نحن فیه، بجواز شراء المعیب اختیارا دونه، لا- یدخل فیما نحن فیه لأن الکلام فی حاله لا ربح فیها بفرض إتیان العیب علی النفس، و الحال أنه جاهل به، و افتراقه عنه فی حاله أخری لا دخل له فی المطلوب، و بالجمله حکمهم بصحه العقود التی یظن فیها الربح و إن ظهرت علی خلاف ذلک، بل علی ضده یقتضی کون الحکم هنا کذلک.

و من هنا استشکل فی المقام ثانی الشهیدین بل قال: «و یقوی الإشکال فی جاهل أحدهما خصوصا جاهل الحکم لانه غیر معذور، لقدرته علی التحفظ، فإن العلم مقدور لنا، أما جاهل النسب فمعذور بما تقدم، کما أنه فی جامع المقاصد مال إلی بطلان البیع فی المقام، و فی غیره من شراء المعیب و نحوه، قال: «فإن قیل: فلو کان شراء المعیب باعتبار العیب خالیا من الغبطه، و إنما ظنها العامل بظن السلامه و کذا کل موضع ظن الغبطه فظهر خلافها، قلت: لا أعلم الآن تصریحا فی حکم ذلک، و المتجه عدم صحه البیع، فیأتی الأحکام السابقه».

قلت: قد یفرق بین المقام و المعیب و نحوه بأن مبنی المضاربه علی الاجتهاد بالنسبه إلی العیب و عدمه، و الرغبه فیها و عدمها، و نحو ذلک مما یکون فی مالیه الشی ء، فالخطأ و الصواب فیه حینئذ کله من توابع المضاربه، ضروره جریانها علی المتعارف فی أعمال التجار التی لا ریب فی اتفاق ذلک فیها.، بخلاف المقام الذی لم یکن حاضرا فی الذهن، و لا هو من متعارف التجاره، فمع فرض عدم کون شرائه

من تصرف المضاربه، و لا- إذن فيه صريحا لم يكن الجهل به أو بحكمه موجبا للاذن من المالك، ضروره عدم كون عنوان الإذن فى المضاربه المجهول حاله على وجه يشمل المقام، فلا يبعد كون العلم طريقا فى المفروض، بخلاف المعيب و نحوه، فإنه من عنوان المأذون فيه.

و من الغريب ما سمعته من جامع المقاصد من دعوى فساد البيع فيه، نحو المقام الذى ربما ظهر من ثانى الشهيدين الإجماع على خلافه، حيث نسب الصحه فيه الى حكمهم، و ان كان قد عرفت أن اندراج ما نحن فيه فيه- على وجه يترتب عليه صحه البيع و الانعتاق و ان قلنا أنه ليس من تصرف المضاربه- محل منع، فالمتجه حينئذ الفرق بين المقامين، كما هو ظاهر المصنف و الفاضل حيث أطلقا الحكم بالبطلان من غير فرق بين حالى العلم و الجهل.

و كيف كان هذا كله إذا وقع الشراء بالعين و أما ان كان فى الذمه التى قد عرفت عدم اندراجه فى إطلاق المضاربه فى غير المقام، فضلا عنه، فحينئذ متى كان كذلك وقع الشراء للعامل ظاهرا و باطنا إلا أن يذكر رب المال لفظا، فيكون فضولا أو نيه فكذلك، و ان الزم به ظاهرا إلا أنه فى الواقع موقوف على اجازه المالك، فمع فرض عدمها كان له بيعه و ان كان أباه مقاصه كما هو واضح.

و كذا الكلام فيما لو اشترى من نذر المالك عتقه، بمعنى صيرورته حرا بدخوله فى ملكه، من غير فرق فى جميع ما ذكرناه، و ان أطلق فى القواعد هنا صحه الشراء و العتق على المالك، لكن التحقيق عدم الفرق فى المسألتين و الله العالم.

[المسأله الثالثه لو كان المال لامرأه فاشترى العامل زوجها فإن كان بإذنها بطل النكاح]

المسأله الثالثه: لو كان المال لامرأه فاشترى العامل زوجها فإن كان بإذنها بطل النكاح لعدم اجتماعه مع الملك كما حققناه فى محله و ان كان بغير اذنها قيل: يصح الشراء و لم نعرف قائله، لكونه من موضوع العمل المأذون فيه إذ لا تلف فيه لرأس المال مع إمكان طلب الربح فيه، فهو حينئذ كشراء غير الزوج.

و قيل: يبطل الشراء، لأن عليها فى ذلك ضررا بانفساخ النكاح المفوت للمهر فى بعض الأحوال، و للنفقه و للاستمتاع و نحو ذلك، فيكون تقييدا لإطلاق

الإذن و هو أشبه عند المصنف، بل و عند ثانى المحققين و الشهيدين أيضا، بناء على اراده الوقوف على الإجازه، من البطلان، لا هو مطلقا حتى معها و ان كان هو محتملا، بل حكى قولا إلا أنه كما ترى، مع أنا لم نعرف قائله، و ان حكى عن ظاهر مبسوط الشيخ، لكن الحكم عليه واضح. كوضوحه بناء على الوقوف على الإجازه، و قد أبطلته، بل و ان أجازته ضروره بطلان النكاح، و عدم ضمان ما فاتها من المهر و النفقه، لاستناده الى اختيارها.

أما على القول بالصحه ففى المسالك الجزم بضمان ما فات بسببه مع علمه بالزوجيه لأن التفويت جاء من قبله، قال: «لكن ضمانه للمهر ظاهر، أما النفقه فمشكل، لأنها غير مقدره بالنسبه إلى الزمان، و لا موثوق باجتماع شرائطها، بل ليست حاصله، لأن من جملتها التمكين فى الزمان المستقبل، و هو غير واقع الآن، الا أن يقال:

بأنه يضمنها على التدريج، و هو بعيد، و الظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول و هو الذى ذكره جماعه».

و نحوه فى جامع المقاصد قال: «لا ضمان على العامل لو أجازت المالكه البيع لما يفوت من المهر و النفقه، لأن ذلك باختيارها، أما على الثالث أى الصحه فيضمن إذا كان عالما، لان التفويت جاء من قبله».

قلت: هو من الغرائب ان أراد ضمان النفقه، ضروره عدم كونها مالا لها قد فوته عليها، كما هو واضح. و الا لضمنها القاتل للزوج، و أما المهر فهو و ان أرسل ضمانه فى كلامهما إرسال المسلمات كالفاضل فى القواعد، بل قد سمعت ما فى المسالك من كون الحكم بضمانه ظاهرا، لكن قد يناقش أولا: بحصول الإذن منها على فرض الصحه، و لو فى ضمن الإطلاق، و الا لم يكن للحكم بها وجه، و هى ترفع الضمان عن العامل، كما لو وقعت صريحه، ضروره عدم الفرق بين استفادتهما من صريح اللفظ أو إطلاقه.

و ثانيا بمنع فوات المهر عليها مع فرض عدم الفسخ من قبلها، لكونه مستحقا لها بالعقد، و لعل مرادهما ضمانه المهر لسيد العبد الذى هو الزوج، و هل هو مهر

المثل أو الذى دفعه؟ احتمالان، كما أنهما يأتيان بالنسبه إلى الجميع أو النصف مع فرض الحال فيما قبل الدخول.

و ثالثا: أنه بناء على أن ذلک من أسباب الضمان لم يكن للتقييد بالعلم وجه إذ لا تفاوت فيها بين العلم و الجهل.

و بالجمله هـذا الكلام منهما لا يخفى ما فيه، خصوصا مع بناء الصـحه على حصول الإذن منها الرافعه لضـمان العامل، و قد ذكرنا تحقيق الحال فى نظير المسأله و هو الفسخ بالرضاع فى كتاب النكاح، من أراده فليلحظه.

كمـا أنه لاـ يخفى عليـک بعـد الإحـاطه بمـا ذكرنـا حكم مـا لو كان المال لرجل فاشترى العامل زوجته، حتى ما حكاه فى جامع المقاصـد عن التـذكره، من أنه على الصـحه لو كان الشـراء قبل الـدخول، فقـد قال فى التذكره: إن فى لزومه نصف المهر للزوج وجهين، فـإن قلنا يلزم رجع به على العامل، لأنه سـبب تقريره عليه، فيرجع به عليه، كما لو أفسـدت امرأته النكاح بالرضاع، قال: و لم يذكر حكم ما بعد الدخول، و كأنه يرى عدم جواز الرجوع به، لأنه قد تقرر بالدخول.

قلت: قد عرفت الحال فى ذلک كله خصوصا مع ملاحظه ما ذكرنا فى كتاب النكاح و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا اشترى العامل أباه صح الشراء]

المسأله الرابعه: إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن ينعتق عليه و لا ربح صح الشراء، و كان من مال القراض، فإن كان قد ظهر فيه ربح حين الشراء أو بعده و قلنا بملک العامل بالظهور انعتق نصيبه من الربح و يسرى فى الباقى و لكن ليس عليه بل يسعى المعتق فى باقى قيمته سواء كان العامل مؤسـرا أو معسـرا بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد، بل عن الغنيه و السـرائر الإجماع عليه و هو الحجه بعد

صحيح (۱)ابن أبى عمير عن محمد ابن قيس «عن الصادق عليه السـلام فى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه، فاشترى أباه و هو لا يعلم، قال: يقوم فإن زاد درهما واحدا أعتق و استسعى فى مال الرجل»

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحكام المضاربه الحديث- ۱.

الذی قد ترک الاستفصال فیه عن الیسار و الإعسار، مع أن المسؤول عنه مطلق الرجل لا رجل مخصوص، کی یحتمل علم الإمام علیه السلام بحاله، بل أطلق فیه الحکم أیضا بالنسبه إلی ظهور الربح حال الشراء، و تجدده بعده.

لکن مع ذلک احتمل أو قیل بالسرایه مع التقویم علی العامل المؤسر، لاختیاره السبب

الموجب لها، فیحمل الصحیح المزبور علی الإعسار، جمعا بین الأدله أو علی تجدد الربح بعد الشراء، بناء علی عدم التقویم علیه فیه کما سیأتی، بل فی جامع المقاصد و المسالک احتمال بطلان البیع من أصله، لأنه مناف لمقصود القراض الذی هو السعی للتجاره، القابله للتقلیب للاسترباح المنافی لهذا الشراء المتعقب للعتق، فیکون حینئذ باطلا، أو موقوفا علی الإجازه، إلا أن الجمیع کما تری اجتهاد فی مقابله النص و الفتوی و الإجماع، بل من ذلک یعرف قوه القول بجواز شراء أب المالک مضاربه مع الإذن، کما أومأنا إلیه سابقا، بل قد عرفت أن مقتضی الجمیع عدم الفرق هنا بین الربح حال الشراء، و تجدده بعده، فإنه لا ریب فی انعتاق نصیبه معه.

و لکن فی جامع المقاصد و المسالک فی سرایه العتق حینئذ و عدمها وجهان:

أحدهما نعم، لاختیاره السبب و هو الشراء، إذ لولاه لم یملک شیئا بارتفاع السوق و هو اختیار للمسبب. و ثانیهما لا، لأن الشراء لیس هو مجموع السبب، بل جزؤه و السبب القریب إنما هو ارتفاع السوق، و لا دخل لاختیاره فیه، فلا یکون مختارا للسبب، لان جزءه غیر مقدور، فهو حینئذ کالإرث الذی لا یوجب سرایه.

و فیه ما عرفت من أنه أیضا اجتهاد فی مقابله النص و الفتوی و معقد الإجماع التی لم یفرق فیها أجمع بین الأمرین.

نعم قد یقال بعدم اندراج مثل هذا الشراء فی إطلاق المضاربه مع العلم بالنسب للضرر علی المالک بانتظار سعی العبد الذی قد یعجز عن الأداء، و الصحیح مختص بحال الجهل، و الفتوی و معقد الإجماع لا وثوق بإراده هذا الفرد من إطلاقهما، و حینئذ فالوقوف فی مثله علی الإجازه لا یخلو من قوه.

بقى الكلام فى شيئين أحدهما: هو أنه ربما ظهر من النص و الفتوى جعل مناط الحكم المزبور تقويمه، ثم النظر فى زيادته على رأس المال و عدمها، و لا ـ ريب فى عدم اعتبار ذلك، ضروره إمكان زياده غيره من أعيان المضاربه على وجه يملك العامل حصته المشاعه المتحققه فى الأب و إن لم تزد قيمته، فإنه حينئذ لا ريب فى جريان الحكم المزبور عليه، و الصحيح منزل على ما إذا كان الأب هو جميع مال المضاربه، لا ما يشمل الفرض، كما أنه لا يشمل ما لو زادت قيمه الأب، إلا أنه نقصت باقى أعيان المضاربه على وجه تكون تلك الزياده جابره أو أقل، إذ لا ربح حينئذ، و المراد من الصحيح الزياده التى تكون ربحا.

الثانى: إذا فرض كون الأب أحد أعيان المضاربه، و لم يظهر ربح، و أراد المالك و العامل الإنضاض، لكن قد يحتمل فى أثناء ذلك وجود راغب أو تجدد زياده لبعض أعيانها، فهل للعامل تأخير بيع الأب إذا أراد المالك تقديمه، وجهان:

أقواهما العدم، ضروره كونه ملكا للمالك الذى هو متسلط عليه، و لم تظهر زياده يتسلط بها العامل، فلا ريب فى أن المالك حينئذ مقدم على العامل فى ذلك، خصوصا مع احتمال الضرر عليه، بوجود الراغب لبعض الأعيان على وجه يوجب العتق، و انتظار المالك إلى السعى المحتمل عدم حصوله، و ليس هذا الفرض من ظهور الربح بعد خفائه الذى به ينكشف سبق ملك العامل، بل هو من تجدده باتفاق حصول راغب فى بعض الأعيان، و إن لم يكن قيمه لها، و نحو ذلك مما لا يوجب سبق ملك للعامل كما هو واضح.

[المسأله الخامسه إذا فسخ المالك أو العامل أو هما صح]

المسأله الخامسه: إذا فسخ المالك أو العامل أو هما صح بلا خلاف و لا إشكال، لما عرفته من كون العقد جائزا و كان الربح بينهما مع وجوده على حسب شرطهما، فإن لم يكن ربح و كان المال ناضا أخذه المالك، و لا شى ء للعامل إلا أن يكون الفسخ من المالك فإن للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت عند المصنف و بعض، على ما حكى، لأن عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرع.

و يشكل بأنه لم يقدم إلا على الحصه على تقدير وجودها، و لم توجد و لا شى ء

له، و المالک مسلط على الفسخ حيث شاء، و احتمال دفعه- بأنه إنما جعل له الحصه خاصه على تقدير استمراره إلى أن يحصل، و هو يقتضى عدم عزله قبل حصولها، فإذا خالف فقد فوتها عليه، فتجب عليه أجرته، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع فى العمل- كما ترى، لا ينبغى صدوره من فقيه، ضروره اقتضائه ضمان المالک الأجره لو فسخ، و إن قلبه العامل مرارا متعدده و لم يحصل ربح، بل و إن خسر، و هو مناف للمعلوم من شرع المضاربه المبنيه على استحقاق العامل حصه من الربح إن حصل، و إلا فلا شى ء له و أغرب منه ما يحكى عن إطلاق التذكره من أن له الأجره فى الفرض حتى لو كان الفسخ من العامل.

نعم قد يقال: بالأجره فيما لو عمل العامل و فسخ المالک قبل إتمام عمله المحتمل حصول الربح به، باعتبار احترام عمله، و إقدامهما على الربح المترتب عليه، و الفرض احتماله، فبالفسخ تفوت الحصه، و لكن العمل على احترامه، و رضاهما بهذا العقد الجائز المسلط على الفسخ فى جميع الأوقات لا ينافى ثبوت الأجره له من جهه أخرى و يمكن حمل مثل عباره المصنف على ذلک، كما أن منه يظهر لک ما فى المسالک من عدم الفرق بين صورتى الفسخ قبل الإنضاض و بعده.

و كيف كان ف لو كان بالمال عروض بعد الفسخ قيل: كان له أن يبيعه من دون رضا المالک، و إن لم يكن قد ظهر فيه ربح، لتعلق حقه به، و احتمال وجود زبون يزيد فى الثمن فيحصل الربح.

و فيه: أنه لا حق له مع فرض عدم الربح، و الاحتمال المعارض باحتمال نقصان المال لا يكفى فى دعوى تعلق الحق كما هو واضح.

نعم فى المسالک «لو كان الزبون المذكور موجودا بالفعل توجه الجواز، لأنه فى قوه ظهور الربح».

مع إمكان المناقشه فيه أيضا أولا: بمنع كونه فى قوه ظهور الربح المتوقف صدقه عرفا على زياده قيمه المال فى نفسه، أو فعليه الثمن من الراغب، لا وجوده و إن لم يكن قد وقع منه ذلک، و خصوصا إذا حصل الراغب بعد الفسخ.

و ثانیا: بمنع تسلطه علی ذلک فی صوره ظهور الربح الذی لا یزید به علی کونه شریکا، و من المعلوم عدم سلطنه له علی بیع مال الشرکه بغیر إذن الشریک.

و بذلک ظهر لک أن الوجه المنع من البیع مطلقا، لقاعده منع التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه و غیرها و لو انعکس الحال بأن ألزمه المالک بالبیع قیل: یجب علیه أن ینض المال لأنه أخذه نقدا فیجب أن یرده کذلک لإطلاق

قوله علیه السلام (۱)«علی الید ما أخذت حتی تؤدی»

و لحدوث التغییر فی المال بفعله، فیجب رده، و فیه منع دلاله الخبر المذکور علی وجوب رد المال المأخوذ بالاذن المتغیر بها کما أخذه أولا، و الأصل البراءه ف الوجه حینئذ أنه لا یجب علیه الإجابه هذا کله فی صوره عدم ظهور الربح.

أما معه و کان المال عروضا و طلب المالک إنضاضه، فقد جزم فی جامع المقاصد و المسالک بوجوب الإجابه علی العامل، لأن استحقاقه

الربح و إن کان ثابتا بظهوره إلا أن استقراره مشروط بالإنضاض، فیحتمل عروض ما یقتضی سقوطه.

و قد تقدم سابقا ما یعلم به قرار هذا الملک علی القول به، فبناء علی أنه بالفسخ یحصل- لانتهاء المضاربه حینئذ، و یتحقق حینئذ الشرکه بین المالک و العامل بمقدار حصته من الربح المفروض ظهوره عند الفسخ، و کل ما یتجدد حینئذ من تلف و خساره فهو حینئذ علیهما، لا یختص به الربح- یتجه حینئذ عدم وجوب إجابه العامل للانضاض و إن ألزمه المالک به، لعدم ضمانه ما یعرض مع عدم وجوب الإرجاع نقدا کما عرفت.

و منه یعلم أیضا الحال فیما لو طلب العامل البیع خاصه، الذی ذکر فی المسالک فی وجوب إجابه المالک له وجهین، ضروره کون المتجه بناء علی ما ذکرناه عدم الوجوب بل لعله کذلک حتی علی القول الآخر، لإمکان وصوله إلی حقه بقسمه العروض، و الإرجاع نقدا إنما هو حق المالک فله إسقاطه، و لأن حال العامل لا یزید علی حال الشریک الذی من المعلوم أنه لا یکلف إجابه شریکه إلی البیع، کل ذلک مع طلب

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

العامل البيع فى الحال.

أما لو طلب تأخيره إلى وقت متأخر كموسم متوقع، فليس له ذلك قطعا للضرر، كالقطع بعدم ثبوت تسلط للعامل بناء على توقف ملكه على الإنضاض أو غيره. و مما ذكرنا يعلم الحال فيما لو كان الفسخ من العامل فى هذه الصوره، إذ الحكم كذلك، بل ينبغى الجزم بعدم استحقاقه الأجره لو كان ناضا لا ربح فيه، و بعدم وجوب إجابه المالك إلى بيعه، لأن المانع من قبله كما هو واضح.

و لو كان بعض المال ناضا فإن كان قدر رأس المال، اتجه عدم إجبار العامل على إنضاض الباقى، لرجوع المال إلى المالك- كما كان، و أولى منه لو كان أزيد.

أما لو كان ناقصا ففى المسالك «توجه جواز إجباره على إنضاض قدره، لو قلنا بإجباره على الإنضاض فيما سبق».

قلت: لكن قد عرفت الحال فى ذلك و غيره على وجه تبين لك أن جميع ما فى جامع المقاصد و المسالك هنا غير منقح. فلاحظ و تأمل.

و كيف كان ففى المتن و غيره أنه إن كان المال سلفا، كان عليه أى العامل جبايته و إن فسخ المالك، و كذا غيره من الديون المأذون فيها لاقتضاء المضاربه رد رأس المال على صفته، و الديون لا يجرى مجرى المال، و لأن الدين ملك ناقص، و الذى أخذه ملك تام،

و «على اليد ما أخذت»

و لكن فيه ما عرفت، من أن الأصل البراءه بعد عدم دلاله الخبر المزبور على ذلك، مع فرض وقوع الدين باذن المالك، و انفساخ المضاربه، فالمتجه حينئذ أيضا عدم الوجوب، و منه يعلم أيضا ما فى قول المصنف و غيره و كذا لو مات رب المال و هو عروض، كان له أى العامل البيع، إلا أن يمنعه الوارث بل هو مناف لما ذكره سابقا، من أن الوجه المنع ضروره عدم الفرق بين الفسخ الاختيارى و القهرى، فليس له التصرف إلا بإذن المالك من غير فرق بين ظهور الربح و عدمه، كما ذكرنا الكلام فيه مفصلا و إليه أشار المصنف و فيه قول: آخر و هو ما ذكرناه من عدم جواز البيع إلا بالإذن، لبطلان العقد و قد استوجهه فى المسالك، و هو فى محله. و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا قارض العامل غيره فإن كان بإذنه و شرط الربح بين العامل الثانی و المالک صح]

المسأله السادسه: إذا قارض العامل غیره، فإن کان بإذنه أی المالک و شرط الربح بین العامل الثانی و المالک صح لانه یکون حینئذ بمنزله الوکیل عن المالک فی ذلک، و سبق عقد القراض معه لا ینافی ذلک، بل لا یقتضی فساده، لعدم ما یدل علی اعتبار خلو المال عن وقوع عقد قراض علیه فی صحه الثانی، و ان کان هو لا یستحق شیئا من الربح، بعدم العمل منه، أما لو فرض عمل کل منهما صح و أخذ کل منهما ربح ما عمل به من المال علی حسب ما شرط له.

و علی کل حال ف لو شرط لنفسه شیئا من الربح لم یصح لأنه لا عمل له و إیقاع عقد القراض، و لو بالأقل من الحصه التی جعلها المالک له، لیس من اعمال التجاره التی شرع جعل بعض الربح عوضا عنها، فلا یصح اشتراط شی ء من الربح له، حتی لو أذن المالک له فی ذلک، فإن إذنه لا تفید فی شرعیه غیر المشروع اللهم الا أن یدعی دخول مثل ذلک فی عمل المضاربه المشروعه، لأنه مما یترتب علیه ربح للمال، بل هو داخل فی عمل التجاره و التکسب، خصوصا مع التصریح به فی ضمن غیره، فتأمل هذا.

و فی المسالک «اذن المالک للعامل فی المضاربه قد یکون بمعنی جعل العامل هو الثانی، و العامل الأول إذا أراد ذلک بمنزله وکیل المالک، و قد یکون بمعنی إدخال من شاء معه، و جعلهما عاملین، و قد یکون بالأعم- الی أن قال- بعد الاعتراف بأن مراد المصنف هنا الأول: و لو کان الإذن بالمعنی الثانی أو بالأعم و جعل الثانی شریکا له فی العمل و الحصه بینهما صح، لانتفاء المانع فی الأول، و هو عدم العمل».

قلت: لکن یکون ذلک فسخا للمضاربه السابقه، و إنشاء جدیدا من العامل باذن المالک أو أن المضاربه الأولی بحالها، و لکن الحصه الاولی المشروطه للأول فی المعنی مشروطه باستقلاله بالعمل، أما مع فرض وضع شریک معه فلا یکون حینئذ تشریک الثانی مع الأول بإذن المالک فی حصته الأولی مضاربه علی تلک المضاربه الأولی بلا فسخ لها، و لا مانع من ذلک- وجهان و لیس فی کلامه تحریر لذلک، و

إنما اقتصر على الصحه معللا لها بانتفاء المانع، و أنت خبير بأن انتفاء المانع فى الأول لا يكون مقتضيا للصحه هنا.

و كيف كان ف لو كان بغير اذنه لم يصح القراض الثانى و

فى خبر احمد بن محمد بن عيسى (۱)المروى عن نوادره و عن أبيه «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل أخذ مالا مضاربه أ يحل له أن يعطيه غيره بأقل مما أخذ، قال: لا»

و لكنه فضولى إن أجاز ترتب عليه حكمه، و إلا بطل القراض فإن فرض حصول ربح حينئذ كان نصف الربح للمالك، و النصف الآخر للعامل الأول بناء على أن القراض كان كذلك و عليه أى العامل الأول أجره العامل الثانى و بها صار عمله الذى قد عمله، للأول الذى كان قد وقع القراض معه، فيستحق حينئذ ما شرط له، إذ ليس فى عقد القراض ما يقتضى مباشره العمل بنفسه، ضروره الإكتفاء بمتبرع عنه، و بأجره و نحو ذلك.

و قيل: و القائل بعض الشافعيه النصف الآخر للمالك أيضا لأنه نماء ملكه، و الفرض أ ن الأول لم يعمل (۱۱) شيئا و الثانى غير مأذون عنه.

و قيل: (۱۲) كما عن بعض آخر منهم أيضا أنه بين العاملين، و يرجع الثانى (۱۳) منهما على الأول بنصف الأجره (۱۴) لأنه قد فاته بغرور منه نصف ما جعل له من الربح.

و لهم وجه رابع على ما حكى و هو أن جميع النصف للعامل الثانى عملا بالشرط، و لا شى ء للأول إذ لا ملك له و لا عمل.

و الأول حسن (۱۵) لما عرفت، و لا ينافيه فرض عدم إجازه المالك إذ هى للقراض، أما ما وقع منه من الشراء و البيع فهو بإذن العامل الأول الذى لم يشترط عليه مباشره ذلك بنفسه،

أقصى ما هنا لك أن العامل الثانى أوقعه بعنوان أنه مقارض، و قد بان فساده، فاستحق على من غره أجره المثل، و فساد القراض يقتضى فساد الإذن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب أحكام المضاربه الحديث- ۱- مع اختلاف يسير.

الحاصل من العامل، إذ الظاهر عدم كون ذلك قيدا لها هنا كما فی نظائره.

و من ذلك يظهر لك ضعف الثانی، ضروره عدم استحقاق المالك له مع عدم فساد القراض الأول، و صيروره عمل العامل الثانی للاول و لو بغرم الأجره له. و كذا الثالث، فإن كونه بين العاملين مع فساد القراض غير متصور، اللهم إلا أن يدعی أن العامل الأول له المضاربه بمعنی التشريك فيما له من الحصه، فإذا فرض أنه قد جعل له النصف من المجموع الموزع عليه و علی المالك الذی لم يجز مضی فيما له، بطل فيما يرجع إلی المالك الا انه لغروره إياه يغرم له الأجره، و منه ينقدح وجه الرابع المبنی علی تنزيل النصف علی الراجع له، لا الموزع منه و من المالك، لكن الجميع كما تری، ضروره عدم صحه المضاربه له من دون إذن المالك، و لو بالتشريك فی حصته، فوقوع ذلك منه حينئذ مقاوله غير مشروعه، هذا.

و لكن فی المسالك «إن هذه الأقوال ليست لأصحابنا، و لا نقلها أحد عن أحد منهم، و إن كان ظاهر التعبير ب «قيل و قيل» ذلك، و إنما هی وجوه للشافعيه، ذكرها المصنف و العلامه فی كتبه، و نقل الشيخ فی المبسوط قريبا منها بطريقه أخری غير منقحه- إلی أن قال تبعا لجامع المقاصد-: و التحقيق فی هذه المسأله المرتب علی أصولنا أن المالك إن أجاز العقد فالربح بينه و بين الثانی علی الشرط، و إن لم يجزه بطل، ثم الشراء إن كان بالعين وقف علی إجازه المالك، فإن أجاز فالملك له خاصه، و لا شی ء لهما فی الربح، أما الأول فلعدم العمل، و أما الثانی فلعدم الإذن له، و لكن له أجره مثل عمله علی الأول مع جهله، لا مع عمله، و إن كان الشراء فی الذمه و نوی صاحب المال فكذلك، و إن نوی عن عامله وقع الشراء له، لانه وكيله، و إن لم ينو شيئا أو نوی نفسه فالعقد له، و ضمان المال عليه، لتعديه بمخالفه مقتضی المضاربه، و حيث لا يقع العقد للعامل الثانی فله الأجره علی الأول مع جهله إن لم يتعد مقتضی المضاربه».

ثم إنهما قبل ذلك قد أطنبا فی ذكر حكم الضمان لو تلف المال فی يد العامل الثانی و ذكرا جمله من أحكام الغصب، و لا يخفی عليك خروج جميع ذلك عما نحن

فيه، ضروره كون المراد بيان حكم القراض الثانى فيما إذا ربح المال، و هو لا يستلزم تسلم المال إذ يمكن قراضه و عمله و المال فى يـد العامل الأول، كما أنه لا يخفى عليك بعـد الإحاطه بما ذكرناه عدم الفضوليه فيما أوقعه العامل الثانى بإذن الأول و إن لم يجز قراضه، بنـاء على أن للعامـل الأـول الإـذن لغيره فى العمـل، و أن فساد قراضه لا ينافى ثبوت الإذن له فى ذلك، كما فى غير هـذه الصوره ممـا فسـد فيه القراض فـإنه يثبت للعامـل أجره المثـل، و المـال و نماؤه للمالك، و ليس هو إلا لبقاء الإذن مع فساد القراض، و ما نحن فيه من ذلك.

و من الغريب دعوى خروج هذه الوجوه عن أصولنا مع تصـريح المصـنف بحسن الأول منها، بل مفروغيته من صحه البيع و ملك المالـك النصف، و عـدم ذكر الفضوليه هنـا فى شـى ء ممـا فعله العامـل الثـانى، و نحو ذلـك مما هو كالصـريح فى أن موضوع المسأله عنـده غير ما ذكراه، و ان اعتراضاه هما بنحو ما سـمعته منهما هنا، لكن الانصاف عـدم وروده عليه، و عـدم مـدخليه لكثير مما ذكراه هنا فى مفروض المسأله كما لا يخفى على من لاحظ المقام و تأمل. و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا قال المالك دفعت إليه مالا قراضا فأنكر العامل ذلك فأقام المدعى بينه فادعى العامل التلف قضى عليه بالضمان]

المسأله السابعه: إذا قال المالك: دفعت إليه مالا قراضا، فأنكر العامل ذلك فأقام المـدعى بينه على أنه دفع إليه مالا قراضا فادعى العامل التلف قضـى عليه بالضـمان، و كذا لو ادعى عليه وديعه أو غيرها من الأمانات لثبوت كونه خائنا بإنكاره المال الذى قامت البينه عليه، و أقر هو أيضـا به بعـد ذلك بـدعواه تلفه، و لا ريب فى كونه خيانه، بل قـد يقال: إنه لم تقبل دعواه حتى لو أقام بينه على تلفه منه بلاـ تعـد و لاـ تفريط، لتكـذيبه إياها بإنكاره الأول الـذى هو أيضا إقرار فى حقه، و من هنا عبر الفاضل فى القواعد بعدم قبول دعواه.

لكن فى المسالك «إن عباره المتن أجود منها، لاسـتلزام عـدم القبول حبسه إلى أن يدفع العين، و قد تكون تالفه، إلا أن يتكلف نحو ما تقدم من حبسه مده يظهر فيها اليأس من وجود العين».

و فيه أن المقصود عدم قبول دعوى التلف التى كانت تقبل منه سابقا بيمينه فى

إسـقاط الضـمان عنه، و أما التكليف بالعين نفسها و عدمه فهو غير مقصود لهما، فليس تعبير المصنف بالضمان تحرزا عن ذلك، ضروره عدم تصديق مجرد قوله بالنسـبه إلى ذلك، من دون استظهار بيمين أو بينه، أو حبس أو نحو ذلك، و على كل حال فهو مقام آخر غير ما نحن فيه، يجرى فى الغاصب و نحوه، هذا كله فيما إذا كان جوابه فى الدعوى الأول ما سمعت.

أما لو كان جوابه: لا يسـتحق عندى شـيئا أو ما أشبهه لم يضمن و إن قامت البينه على دفع المال إليه قراضا، لكون ذلك أعم من ضمانه، بل لو ادعى التلف بعد ذلك سمع منه بيمينه، لعدم التنافى بينه و بين كلامه الأول كما هو واضح.

[المسأله الثامنه إذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه فى التجاره احتسب التالف من الربح]

المسأله الثامنه: إذا تلف مال القراض أو بعضه، بعـد دورانه فى التجاره، احتسب التالف من الربـح الـذى هو وقايه لرأس المال فى شرع المعامله و فى عرفها، و كـذا لو تلف قبل ذلك كما لو أذن له فى الشـراء فى الـذمه فاشترى ثم تلف المال و نقد الثمن عنه، فـإن القراض يسـتمر و يمكن جبره حينئـذ بالربـح المتجـدد و لكن فى هـذا تردد عنـد المصـنف مما عرفت، و من أن التلف قبل الشـروع فى التجاره يخرج التالف عن كونه مال قراض، إلا أن الأقوى عـدم الفرق، لأن المقتضـى لكونه مال قراض هو العقد، لا دورانه فى التجـاره، فمتى تصور بقـاء العقـد و ثبوت الربـح، جبر مـا تلف مطلقـا، بـل لاـ يخفى على من أعطى التأمل حقه، عـدم صـدق الربـح الـذى وقع الشـرط بين المالک و العامل عليه إلا على ما يبقى بعد جبر جميع ما يحدث على المال، من أول تسـلمه إلى انتهاء المضاربه، من غير فرق فى النقصان بين انخفاض السوق و الغرق و الحرق و أخذ الظالم و السارق و غير ذلک، مما هو بـآفه سـماويه و غيرهـا، فمـا عسـاه يقال أو قيل:- من اختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضـمان بـذمه المتلف، لأنه حينئـذ بمنزله الموجود، فلاـ حـاجه إلى جبره، و لاـنه نقصـان لا يتعلق بتصـرف العامل و تجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق و نحوه- لا ينبغى أن يصغى إليه لما عرفت، نعم لو فرض حصول العوض من التلف كان العوض من جمله المال. و الله العالم.

[المسأله التاسعه إذا قارض اثنان واحدا و شرطا له النصف منهما و تفاضلا فی النصف الآخر مع التساوی فی المال کان فاسدا لفساد الشرط]

المسأله التاسعه: إذا قارض اثنان مثلا واحدا مثلا و شرطا له النصف منهما و تفاضلا فی النصف الآخر مع التساوی فی المال أو تساویا فیه مع التفاوت فی المال، کان فاسدا لفساد الشرط المقتضی زیاده لأحدهما علی الأخر مع تساوی المالین، أو التساوی مع التفاوت فی المالین بلا عمل من ذی الزیاده، ضروره کون العامل غیرهما، و قد عرفت سابقا عدم جواز ذلک فی الشریکین، فکذا هنا، إذ لا فرق بین امتزاج المالین و عدمه، و لکن قال المصنف هنا فیه تردد و لعله من ذلک، و من احتمال کون اشتراط الزیاده هنا من العامل بمعنی أن صاحبها قد شرط له فی العمل بما له أقل مما شرط له الآخر، و لا ریب فی جواز ذلک، ضروره عدم المانع المزبور منه.

لا یقال:- إن محل المسأله مع الإطلاق الذی هو کما یحتمل ذلک یحتمل کونها من المالک الآخر، و لا ترجیح- لأنا نقول: إن أصل الصحه یرجح الأول بل لعله کذلک حتی مع فرض عدم خطور هذا التفصیل فی قصدهم، حملا لفعل المسلم علی الصحیح فی نفس الأمر.

نعم لو صرح باستحقاق العامل من نصیب کل منهما نصفه، اتجه الفساد حینئذ، بناء علی ما سمعته فی الشرکه، مع أنه قد یقال بالصحه هنا، بدعوی کون ذلک من عمل المضاربه، کما یومی إلیه ما عساه یستفاد من إطلاق عباره المتن و القواعد من عدم الفرق فی الحکم المزبور بین امتزاج المالین و عدمه، کما اعترف به الکرکی فی شرحه.

و لا ریب فی أن استحقاق کل منهما فی ربح مال الآخر- المفروض تمیزه مع أنه قد یختلف قله و کثره، بل قد یحصل بالخسران فی أحدهما دون الآخر الذی یجبر منه شی ء- لا- تقتضیه الضوابط، بل هو إن کان، فلیس إلا من صدق کون المجموع مال مضاربه واحده، و لذا جعل الربح بینهما مشاعا، و إذا کان ذلک و نحوه من مقتضی عقد المضاربه، فلتقتضی أیضا التفاوت فی ربح النصف، و إن تساویا فی المال، أو التساوی فیه مع التفاوت فیه، و یکون ذلک من أحکامها، نحو ما لو قارض الواحد مثلا اثنین

مثلا على التفاوت فيما شرط لهما من الربح، فإنه يصح، و إن كان المشروط له الأكثر، الأقل عملا، لإطلاق الأدله، خلافا لمالک فلم يجوز التفاوت بينهما و قد تقدم الكلام فيه سابقا.

[المسأله العاشره إذا اشترى عبدا مثلا للقراض فتلف الثمن قبل القبض قيل يلزم صاحب المال ثمنه دائما]

المسأله العاشره: إذا اشترى عبدا مثلا- للقراض فتلف الثمن قبل القبض قيل: و القائل الشيخ فى محكى المبسوط يلزم صاحب المال ثمنه دائما، و يكون الجميع رأس ماله بجبر التالف منه بالربح و قيل و القائل ابن إدريس فيما حكى عنه إن كان أذن له فى الشراء فى الذمه فكذلک، و إلا كان باطلا، و لا يلزم الثمن أحدهما و قد عرفت فيما مضى تفصيل الحال، من أنه إن كان الشراء فى الذمه بإذن المالک لزم دفع الثمن ثانيا و ثالثا دائما، و إلا فإن صرح بكون الشراء له وقف على إجازته، فإن أجاز لزمه الثمن، و إلا- بطل البيع، و إن لم يذكره لفظا وقع الشراء للعامل ظاهرا مع فرض كونه قد نوى المالک، و إلا فواقعا أيضا، و إن كان الشراء بالعين فهلكت قبل دفعها بطل العقد، و هذا كله واضح.

نعم فى المسالک بعد أن ذكر جميع ذلک قال: «و حيث يلزم المالک الثمن ثانيا يكون الجميع رأس ماله بجبر جميعه بالربح، و هو جيد فى غير صوره الفضولى، أما فيها فلا- يخلو من إشكال، ضروره عدم وقوع عقد المضاربه، فمع فرض إجازه المالک لذلک يلحق الثمن حكم المضاربه» و لكن الإنصاف عدم خلوه عن الإشكال أيضا.

[المسأله الحاديه عشره إذا نض قدر الربح فطلب أحدهما القسمه فإن اتفقا صح]

المسأله الحاديه عشره: إذا نض قدر الربح فطلب أحدهما القسمه لقدر الربح فإن اتفقا صح لانحصار الحق فيهما و ان امتنع المالک لم يجبر لما فيه من الضرر عليه، لاحتمال خساره مال القراض، فيحتاج الجبر به، أما العامل فقد يظهر من العباره أنه ليس له الامتناع، لأنه متى احتاج إلى الجبر احتسب على المالک، لكن فى القواعد «ان امتنع أحدهما لم يجبر على القسمه».

و فى جامع المقاصد «أما المالک فظاهر، و أما العامل فلأنه لا يأمن أن يطرء الخسران، و ان أتلف ما وصل اليه فيحتاج الى غرم ما وصل إليه بالقسمه، و ذلک ضرر».

و فيه منع كون ذلک ضررا، ضروره إمكان المحافظه عليه، بعدم التصرف، بل

لو أغرمه لم يكن عليه ضرر، لأنه فى مقابل ما تصرف فيه، و الله العالم.

و على كل حال فلو اقتسما و بقى رأس المال معه اى مقداره فخسر، رد العامل أقل الأمرين مما وصل اليه من الربح، و مما يصيبه من الخسران، لأن الأقل ان كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال و الفاضل له، و ان كان الأقل هو الربح فلا يلزمه الجبر الا به و كذلك احتسب على المالك أقل الأمرين من رأس المال، هذا هو الظاهر من العباره، بل جزم به ثانى الشهيدين لكن عن الشهيد «أن المردود أقل الأمرين التى هى مما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح، فلو كان رأس المال مأه و الربح عشرين، فاقتسما عشرين، فالعشرون من الربح مشاعه فى الجميع، نسبتها الى رأس المال نسبه السدس، فالعشرون المأخوذه سدس الجميع، فيكون خمسه أسداسها من رأس المال، و سدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح، و هو نصف سدس العشرين، و ذلك درهم و ثلثان، يبقى معه ثمانيه و ثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقى رد أقل الأمرين مما خسر و من ثمانيه و ثلث، و الحامل له عليه، كما قيل: حكمهم بأن المالك إذا أخذ من المال شيئا و قد ظهر ربحه يحسب ما أخذه منهما على هذه النسبه» و أفسده فى المسالك «بأن المأخوذ و ان كان مشاعا الا أن المالك و العامل انما أرادا به الربح، و حيث كان المال منحصرا فيهما فالتمييز منوط بهما، و لو كان يدخل فى ذلك من رأس المال شى ء لم يصح للعامل التصرف فيه، لأن المالك لم يأذن إلا فى التصرف فى الربح، و لم تقع القسمه و الاتفاق الا عليه- الى أن قال- و أيضا فتوقف رد العامل رأس المال على ظهور الخسران لا وجه له لأنه لا يملك شيئا من رأس المال، و انما حقه فى الربح، و أما حمله على أخذ المالك فليس بجيد، لأن المالك لا يأخذ على وجه القسمه، و انما يأخذ ما يعده ملكه، فلما كان فيه ربح و هو شائع دخل فيه جزء من الربح على نسبه المأخوذ، فيحسب رأس المال بعد ذلك على حساب ما يبقى بعد توزيع المأخوذ على الأصل و الربح، و أين هذا من أخذ العامل الذى لا يستحق إلا فى الربح، و لا يقاسم المالك الا عليه خاصه».

قلت: قـد يكون منشأ كلام الشـهيد عـدم تشـخص الربح عن رأس المال باتفاقهما على أنه ربح، لعدم دليل على ذلك، و الأصـل بقاء إشاعته حتى تنفسخ المضاربه و يتسلم المالک رأس ماله، و حينئذ يتجه كلامه.

لكن يشـكل بأنه لا دليل على اسـتقرار ملكهما للحصه من الربـح بذلك، ما دامت المضاربه غير منفسـخه حتى لو رضـى المالك بأن يكون الباقى رأس مال، فإنه لا يلتزم بذلك، بل له الرجوع عنه، لعدم استقرار كون ذلك ربحا، الى أن ينتهى عمر المضاربه، و الفسخ أو الانفساخ كما تقدم الإشاره الى ذلك فيما تقدم.

نعم لهما الاتفاق على التصـرف فى المقـدار الـذى تراضـيا عليه سواء وجـدا معه صوره القسـمه أو لا برضـى منهما و ما يتبعه من رأس المال يكون تصرف العامل فيه برضى المالك، كما إذا لم يكن ثم ربح.

اللهم الاـ أن يقـال: ان ذلـک من المالک فسـخ للمضاربه فيما يخصه من رأس المال، لأنه برضاه قـد أخرجه عن المضاربه، حتى الذى قبضه العامل، فيستقر حينئذ ملكهما على ما خص ذلك من الربح، لانفساخ المضاربه، كما تعرفه إنشاء الله تعالى فى المسأله الرابعه عشـر، و به حينئـذ يتم كلام الشـهيد، فتأمل جيـدا، كما أنه ينبغى التأمل فيما سـمعت من أن للمالك و العامل الاتفاق على تشخيص الربح من رأس المال، و إخراجه عن الإشاعه مع بقاء المضاربه على حالها، بحيث يكون الباقى رأس المال و ما شخصاه ربحا، فإنه محتاج إلى التأمل.

[المسأله الثانيه عشره لا يصح أن يشترى رب المال من العامل شيئا من مال القراض]

المسأله الثانيه عشـره لا يصح أن يشترى رب المال من العامل شيئا من مال القراض بلا خلاف و لا إشكال لأنه ماله و لا أن يأخذ منه بالشفعه لذلک أيضا بخلاف العكس، فان للعامل الشراء من المالك و له الأخذ بالشفعه منه، كما هو واضح.

لكن فى القواعد «إن ظهر ربح بطل البيع فى نصـيبه منه» و لعل المراد إذا كان الربح ظاهرا وقت الشراء، لعدم جواز شراء ملكه، لا ما إذا تجدد، فإنه حينئذ له و الثمن صار من مال المضاربه كما هو واضح.

و كذا لو ظهر فى المال ربح جاز للمالك شراء ما يخص العامل، بناء على ملكه

بالظهور، و إن كان متزلزلا، فإن تزلزله لا يمنع من بيعه، بل يقوى فى النظر وقوعه لازما و إن تجدد الخسران بعد ذلك و احتاج إلى الجبر، فيجبر حينئذ بقيمته كما لو أتلفه، و ربما احتمل انفساخ البيع، لكنه فى غير محله، و أما الأخذ بالشفعه ففى المسالك «هو ممكن» أى بعد ظهور الربح على نحو ما سمعته فى شرائه، لكن قد يناقش بمنع ذلك فيما لو كان الربح مقارنا للشراء، فضلا عما لو تجدد، لعدم ملك العامل حينئذ بعض الشقص بالشراء، بل هو بالشرط الحاصل فى المضاربه، فلا شفعه حينئذ فيما ملكه بذلك، و إن صار شريكا مع المالك لم يقاسم إلا أنه ليس بالشراء الذى هو موجب الشفعه، و الله العالم.

و كذا لا يشترى من عبده القن لما عرفت فى محله أنه لا يملك شيئا

و «لا بيع إلا فى ملك»

من غير فرق بين المأذون و غيره، لكن حكى عن الشيخ قولا- بأن المأذون إذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه، و هو قول لبعض الشافعيه، لأنه لا حق للسيد فيه، و إنما هو حق الغرماء و فساده ظاهر، كما فى المسالك قال: «فإن استحقاق الغرماء ما فى يده لا- يقتضى خروج ذلك عن ملك السيد، كتعلق حقهم فى مال المفلس نعم للسيد أخذ ذلك بقيمته، لأنه أحق بماله مع بذلك العوض، إلا أن ذلك لا يعد بيعا، كما يأخذ العبد الجانى خطأ و يبذل قيمته».

و على كل حال ف له الشراء من المكاتب المطلق و المشروط، لأن ما فى يده ملك له، و سلطنه المولى قد انقطعت عنه، فساوى غيره من الملاك، و لهذا لو انعتق لم يكن للمولى ما فى يده، و إن كان الملك فى المشروط أضعف منه فى المطلق من حيث إمكان رده فى الرق أجمع، فيرجع ما فى يده إلى ملك السيد، و ليس كذلك المطلق الذى يحسب ما فى يده من مال الكتابه لو احتيج إليه و الله العالم.

[المسأله الثالثه عشره إذا دفع مالا قراضا و شرط أن يأخذ له بضاعه قيل لا يصح]

المسأله الثالثه عشره: إذا دفع مالا قراضا و شرط أن يأخذ له بضاعه قيل: كما عن الشيخ فى المبسوط لا يصح لأن العامل فى القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه أجرا فيفسد الشرط و يتبعه العقد، و لو لأن قسط العامل حينئذ يكون مجهولا لاقتضاء الشرط قسطا من الربح، و قد بطل فيبطل ما يقابله فتجهل الحصه.

و قیل یصح القراض و یبطل الشرط خاصه، لأن البضاعه لا یلزم القیام بها، فلا یفسد اشتراطها، بل یکون لاغیا لمنافاته العقد.

و لو قیل بصحتهما معا کان حسنا لإطلاق الأدله و عمومها التی منها(۱)

«المؤمنون عند شروطهم»(۲)

«و تِجارَةً عَنْ تَراضٍ » و غیرهما، و القراض إنما یعتبر عدم خلو عمله نفسه عن جزء من الربح، لا مطلق العمل- و إن لم یکن من القراض، و لکنه قد اشترط فی عقد القراض.

نعم یبقی الکلام فی معنی صحه الشرط، فی العقد الجائز الذی قد تقدم البحث فیه سابقا.

لکن قد یقال:- فی خصوص المقام الذی هو شبه المعاوضه و أن المالک لم یجعل الحصه المزبوره للعامل إلا فی مقابله أخذ البضاعه- إنه لو ربح و لم یف بالشرط کان للمالک الفسخ، و یأخذ الربح کله، و للعامل أجره المثل فی وجه، و لا شی ء له فی آخر.

إلا أنه کما تری لا ینطبق علی القواعد، و علی ما اشتهر فیما بینهم من عدم لزوم الوفاء بالشروط فی العقود الجائزه، و أن حالها کحال الوعد، و لیس فائده الشرط فیها فائدته فی العقد اللازم من التسلط علی الفسخ، مع عدم الوفاء به الذی هو واجب علی من اشترط علیه، لعموم الأمر بالوفاء فی العقد، فتأمل جیدا، خصوصا ما فی جامع المقاصد و المسالک

هنا، فإنه لا یخلو من شی ء، و قد تقدم منا سابقا ما له نفع فی المقام.

[المسألهالرابعه عشره إذا کان مال القراض مأه مثلا فخسر عشره و أخذ المالک عشره کان رأس المال تسعه و ثمانین إلا تسعا]

المسأله الرابعه عشره: إذا کان مال القراض مأه مثلا فخسر عشره مثلا و أخذ المالک منه بعد الخساره عشره مثلا ثم عمل ب ما بقی من ها الساعی فربح، کان رأس المال تسعه و ثمانین إلا تسعا، لأن المأخوذ محسوب من رأس المال، فهو کالموجود فإذا المال فی تقدیر تسعین، فإذا قسم الخسران، و هو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۴.

۲- ۲ سوره النساء الآیه ۲۹.

عشره على تسعين، كانت حصه العشره المأخوذه دينارا و تسعا، فيوضع ذلك من رأس المال و يجبر الباقى، لأن الربح إنما يجبر خسران المال الذى ربح، أى مال المضاربه الباقى على المضاربه، لا مطلق الخسران، فإذا أخذ المالك شيئا بعد الخسران كان من جمله رأس المال، فلا بد أن يخصه من الخسران شى ء، فيسقط من أصل الخسران لأنه خسران غير المال الذى ربح أى مال المضاربه الباقى فى يد العامل، ضروره أن أخذ المالك العشره منه استرداد من العامل، و إبطال للمضاربه فيها فلا بد أن يتبعها ما خصها من الخساره السابقه على أخذها، و الضابط فى معرفه ذلك نسبه المأخوذ إلى الباقى، و توزيع الخسران عليه أجمع، فيخصه على مقتضى نسبته، ففى المقام نسبته تسع، فيخصه تسع العشره التى هى الخساره، و هو واحد و تسع، فيبقى منه تسعه إلا تسع، تجبر من الربح المتجدد، و لو فرض أنه أخذ نصف التسعين الباقيه بعد خساره العشره، بقى رأس المال خمسين، منها خمسه و أربعون موجوده، و يتبعها نصف الخساره، و هو خمسه، و هى التى تؤخذ من الربح المتجدد لو فرض.

و كذا فى طرف الربح، بمعنى أنه يحسب المأخوذ من رأس المال و الربح، فلو كان المال مأه و ربح عشرين، فأخذها المالك بقى رأس المال ثلاثه و ثمانين و ثلث، لأن المأخوذ سدس المال جميعه الأصل و الربح، و سدس أصل المال سته عشر و ثلثان، و سدس الربح ثلاثه و ثلث، و هى حظه من الربح، إلا أنه يستقر ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح، و هو درهم و ثلثان، و ذلك لبطلان المضاربه فى أصله، و هو السدس الذى استرده المالك، و حينئذ فلو انخفض السوق و عاد ما فى يده الى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه من العامل إذا فسخ المضاربه، ليتم مع ما أخذه سابقا المأه، بل للعامل من الثمانين درهم و ثلثان، و هما نصف الربح الذى قد أخذه المالك فى ضمن العشرين، و قد عرفت استقرار ملك العامل عليه بفسخ المالك المضاربه فى العشرين، هذا.

و لكن الإنصاف عدم خلو المسأله الأولى عن إشكال، باعتبار عدم ثبوت ما يقتضى شيوع الخساره على المال كله، على وجه لو أخذ المالك بعض المال يلحقه

بعض الخساره، و إنما المنساق احتساب ما يأخذه المالک من رأس المال، و أما الخساره السابقه على ذلک فتجبر بما بقى من مال المضاربه، إذ المالک قد أخذ العشره مثلا مستحقه للجبر، و دعوى- أن الذى يجبر هو المال الذى ربح- واضحه الفساد، ضروره جبر المال الذى وقعت عليه المضاربه بربح أى جزء من مالها، من غير فرق بين ما ربح منه و ما لا يربح، بل قد يعمل العامل ببعض دون بعض، كما أنه قد يربح بعض دون آخر، و أخذ المالک لا يزيد على دفع العامل له بعنوان رد رأس المال له شيئا فشيئا، و ربما يشهد لبعض ما ذكرنا من السيره على تناول المالک و العامل من مال المضاربه ثم الحساب بعد ذلک من دون أن يلحق ما عند المالک أو العامل من الخساره أو غيرها، و لكن يحتسب ما عنده من رأس ماله عليه، ثم يقسم الباقى إن كان، فتأمل جيدا. و الله العالم.

[المسأله الخامسه عشره لا يجوز للمضارب أن يشترى جاريه يطأها و إن أذن له المالک]

المسأله الخامسه عشره: لا يجوز للمضارب أى العامل أن يشترى جاريه يطأها، و إن أذن له المالک بذلک، إلا أن يستفاد منه التوكيل على التحليل أو العقد عليها بعد الشراء، بناء على صحه مثل هذا التوكيل، نحو الإذن فى شراء عبد له و عتقه عنه، أو دار و وقفها، و غيرهما.

و لعل ذلک هو المراد مما قيل: و القائل الشيخ فى المحكى عن نهايته أنه يجوز مع الإذن فلا يرد عليه حينئذ أن الإذن السابقه لا تثمر، لأن التحليل إما عقد أو تمليک، و كلاهما لا يقعان قبل الملک، بل يمكن حمل الخبر الذى ذكروه مستندا للشيخ على ما ذكرنا.

و هو

خبر الكاهلى (۱)عن أبى الحسن عليه السلام «قال: قلت: رجل سألنى أن أسألک إن رجلا أعطاه مالا مضاربه ليشترى له ما يرى من شى ء، و قال له: اشتر جاريه تكون معک، و الجاريه إنما هى لصاحب المال، إن كان فيها وضيعه فعليه و إن كان ربح فله، فللمضارب أن يطأها؟ قال: نعم»

فلا حاجه حينئذ إلى المناقشه فى سنده- مع أنه من الموثق الذى هو حجه عندنا، بعد انصراف ابن زياد فى سنده

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۱- من أبواب أحكام المضاربه الحديث- ۱-.

إلى ابن أبى عمير، لغلبه التعبير به عنه، و لا- فى متنه بظهوره فى كون الجاريه من غير مال المضاربه، و لـذا كان ربحها للمالك و وضيعتها عليه، و عدم الإذن فيه بالوطى-

لإمكان دفعها بأنه يدل على تأثير الإذن السابق على الشراء، و لا فرق بين مال المضاربه و غيره، و ظهور معك فى ذلك.

نعم حمله على مـا ذكرنـا أولى من الجرءه به على مخالفه القواعـد و الضوابط، و خصوصا بعـد تفرد الشيخ بالعمل به على الوجه المنسوب إليه، هذا كله فى الاذن السابقه.

أما لو أحلها له بعد شرائها و لم يكن ثم ربح فيها صح قطعا مع القطع بعدم ربح فيها فعلا، لإطلاق الأدله، و لو كان فيها ربح بنى على جواز تحليل أحد الشريكين للآخر، و قد ذكرناه فى كتاب النكاح، بل فى الرياض هنا «يشكل التحليل مع عدم القطع بعدم الربح إن قلنا بالمنع فى صورته، لاحتمال الشركه الموجبه للمنع فى نفس الأمر، فيجب الترك من باب المقدمه- قال-:

و يحتمل الجواز مطلقا كما قالوه لأصاله عدم حصول الظهور، و لا ريب أن الأحوط تركه» قلت: و إن كان الأقوى الجواز لأصاله عدم الشركه.

[المسأله السادسه عشره: إذا مات و فى يده أموال مضاربه فإن علم مال أحدهم بعينه كان أحق به]

المسأله السـادسه عشـره: إذا مـات و فى يـده أموال مضـاربه لمتعـددين فـإن علم مال أحـدهم بعينه كان أحق به بلا خلاف و لا إشكال، و إن جهـل مـال كـل واحـد منهم بخصوصه كـانوا فيه سواء بمعنى أنه يقسم بينهم على نسبه أموالهم، كمـا فى اقتسـام غيرهم من الشـركاء، كمـا سـمعته فى نظـائره فى كتـاب الصـلح هـذا، إذا كـانت مجتمعه على حـده، أمـا إذا كـانت مع ماله ففى المسالك «إن الغرماء بالنسبه إلى جميع التركه كالشريك، إن وسعت أموالهم أخذوها، و إلا تحاصوا».

قلت: الأصل فى ذلك

خبر السكونى (۱)«عن جعفر عن أبيه عن آبـائه عن على عليهم السـلام أنه كـان يقول: من يموت و عنـده مـال مضـاربه قال: إن سماه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، و إن مات و لم يذكر فهو أسوه الغرماء»

و فيما حضرنى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب أحكام المضاربه الحديث- ۱-.

من نسخه الریاض شارحا لمتن النافع «و لو کان فی یده أموال مضاربه لمتعددین فمات و علم بقاؤها فی ترکته فلو کان عینها لواحد منهم، أو علمت منفرده بالقرائن المفیده للعمل، فلا بحث، و إلا تحاص فیه أی فی المجتمع من أموال المضاربه الغرماء و أرباب الأموال علی نسبه أموالهم للخبر، إلی آخره.

قلت: لیس فی الخبر سوی أنه إذا لم یذکر المیت مال المضاربه المعلوم کونه فی یده فرب المال کباقی الغرماء، و هذا غیر ما ذکره من تحاص الغرماء و أرباب الأموال فی المال المعلوم کونه مال مضاربه لمتعددین، بل أقصاه یکون مشترکا بینهم ثم قال متصلا بما سمعت: «هذا إذا کانت أموالهم مجتمعه فی یده علی حده، و أما إذا کانت ممتزجه مع

جمله ماله مع العلم بکونه موجودا فالغرماء بالنسبه إلی جمیع الترکه کالشریک، إن وسعت الترکه أموالهم أخذوها، و إن قصرت تحاصوا، کذا قیل، و الوجه فی حرمان الورثه- مع قصور الترکه عن مالهم أو مساواتها له مع فرض وجود مال للمورث- غیر واضح، إلا مع ثبوت موجب ضمان التلف من أموالهم من تعد أو تفریط، لثبوت أمانته و عدم ضمانه للتلف إلا مع أحد الأمرین، کما مر، و الإکتفاء فی الضمان باحتمال أحدهما مدفوع بالأصل، و عموم (۱)

«علی الید»

مخصص بما دل علی أمانته، فالوجه ضرب الورثه- مع الغرماء فی التحاص، و أخذهم جمیع ما لمورثهم مع العلم بعدم تلف شی ء منه، و مع احتماله یتحاصون معهم بنسبه مالهم و یمکن حمل کلام القائل علیه بتعمیم الغرماء فی کلامه للورثه بضرب من التغلیب.

و لکن یشکل بتوقف ذلک علی معرفه مقدار مال المیت، و معلومیه نسبته بالإضافه إلی أموالهم، و لو جهل أشکل الحکم فی ضربهم معهم فی التحاص.

قلت: یمکن أن یکون المستند فی الأول ما سمعته من النص المؤید بالفتوی الذی قد تضمن الحکم بکون رب المال غریما مع العلم بکون مال المضاربه فی الترکه و عدم ذکر المیت له بعینه.

و علی کل حال فهذا کله مع العلم بکون المال ف ی الترکه و أما مع

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

عـدمه ب أن جهل كونه أى ما فى يـد الميت مضاربه لاحتمال التلف أو غيره قضـى به ميراثا عنـد المصـنف و ثانى الشـهيدين و سيد الرياض، قضاء لحكم اليد بل لا ضمان عليه للمضاربه، لأصاله البراءه و كونه أمانه لا يضمنها إلا مع التعدى أو التفريط، و لم يثبت، و أصاله بقاء المال لا يقتضـى ثبوته فى ذمته مع كونه امانه، بل و لا فى تركته، و عدم الوصـيه به أعم من اقتضاء الضـمان، إذ لعله تلف من غير تفريط.

لكن قد تقدم فى كتاب الرهن ما يستفاد منه وجه الضمان، أو الحكم بالبقاء فى التركه و إن كان لا يخلو من صعوبه، بل منع، أما الأول فقد يقال: إن الأصل الضمان، لعموم (۱)

«اليد»

و إنما خرج الأمين الـذى يدعى التلف بغير تعد و لا تفريط أما مع عدم دعواه فتبقى قاعده الضـمان بحالها، لا أقل من الشك فى شمول أدله الأمين لمثل هذا الفرد، و الأصل الضمان و الله العالم.

إلى هنـا تم الجزء السـادس و العشـرون من كتاب جواهر الكلام بحمـد الله و منه و قـد بـذلنا غايه الجهـد فى تصـحيحه و مقابلته للنسخه المصححه التى قوبلت بنسخه الأصل المخطوطه المصححه بقلم المصنف طاب ثراه. و يتلوه الجزء

السابع و العشرون فى أحكام المزارعه و المساقاه إنشاء الله تعالى على الآخوندى

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ۱۴۲۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذکر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات
من الواضح أن یتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الکتب والملزمات والدوریات
إقامة المسابقات فی مطالعة الکتب
إقامة المعارض الالکترونیة: المعارض الثلاثیة الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنة الدینیة والسیاحیة
إنتاج الأفلام الکرتونیة والألعاب الکمبیوتریة
افتتاح موقع القائمیة الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافیة وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدینیة والأخلاقیة والاعتقادیة والردّ علیها
تصمیم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ویب کیوسک kiosk، الرسالة القصیرة ((sms
إقامة الدورات التعلیمیة الالکترونیة لعموم الناس
إقامة الدورات الالکترونیة لتدریب المعلمین
إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ویمکن تحمیلها علی ٨ أنظمة؛
JAVA.١
ANDROID.٢
EPUB.٣
CHM.۴
PDF.۵
HTML.۶
CHM.٧
GHB.٨
إعداد ۴ الأسواق الإلکترونیة للکتاب علی موقع القائمیة ویمکن تحمیلها علی الأنظمة التالیة
ANDROID.١
IOS.٢
WINDOWS PHONE.٣
WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیة والانجلیزیة والفارسیة

الکلمة الأخیرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣۴۴٩٠١٢۵

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.